
SIGILLVM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV ANG
CHRISTO ET ECCLESIAE
VE RI TAS



VERZAMELING VAN ARRESTEN.

BURGERLIJK REGT, REGT VAN KOOPHANDEL
EN BURGERLIJKE REGTSVORDERING.

[redacted]

VAN DEN HONERT'S

VERZAMELING VAN ARRESTEN

VAN DEN

HOOGEN RAAD DER NEDERLANDEN,

VOORTGEZET DOOR

MR. C. C. E. D'ENGELBRONNER,
Advocaat bij den Hoogen Raad der Nederlanden, enz.

BURGERLIJK REGT, REGT VAN KOOPHANDEL
EN BURGERLIJKE REGTSVORDERING.

VIJFTIGSTE DEEL.



'S GRAVENHAGE,
H. L. SMITS.

—

1885.

CHRONOLOGISCHE AANWIJZING

DER

ARRESTEN,

MEDEGEDEELD EN VERMELD IN DE

AFDEELING

BURGERLIJK REGT, REGT VAN KOOPHANDEL
EN BURGERLIJKE REGTSVORDERING.

DEEL L.

(23 Mei 1884—27 Maart 1885.)

(*) Bij dit arr. is bldz. 352 in notis ook opgenomen dat van 23 Junij 1854, (mede een appel van een arr. van het Hooggeregtshof in N.-Indie) hetwelk indertijd niet voor deze Verzameling was ontvangen.

VERBETERINGEN.

Bladz.	123	regel	7	v. o.	*staat:*	A. 386. *lees:* A. 385.
„	181	„	19	„	„	A. 1401, 1902, 1903.
					lees:	A. 1401, 1402, 1403.
„	476	„	14	„	*staat:*	1650 B.-R. *lees:* 1650 B.-W.
„	496	„	2	v. b.	„	292 jo 289 B.-R. *lees:* 292 B.-R.

AANWIJZING DER VRAAGPUNTEN

BEHANDELD BIJ DE

ARRESTEN,

MEDEGEDEELD EN VERMELD IN DE

AFDEELING

BURGERLIJK REGT, REGT VAN KOOPHANDEL EN BURGERLIJKE REGTSVORDERING,

IN VERBAND MET DE WETSBEPALINGEN, TOT DEZE BETREKKING HEBBENDE.

DEEL L.

GRONINGER COLLATIE-REGT.

Is het Groninger Collatie-regt, hetzij door of tengevolge van de Staatsomwenteling van 1795, hetzij door a. 24 der Staatsregeling van 1798, hetzij door eenige andere wetsbepaling afgeschaft? — Neen.

Arrest van 13 Febr. 1885, n 1937, ... blz. 414.

STAATSREGELING VAN 1798.

A. 24. Zie het arr. van 13 Febr. 1885, no 1937, blz. 414.
A. 25. Zie het arr. van 26 Maart 1885, no 1945, „ 545.

CONSTITUTIE VAN 1801.

A. 16. Zie het arr. van 26 Maart 1885, no 1945, blz. 545.

CONSTITUTIE VAN 1805.

A. 9. Zie het arr. van 26 Maart 1885, no 1945, blz. 545.

CODE CIVIL.

A. 341, 756, 757. Geeft de onder het B.-W. door het natuurlijk kind verkregene regterlijke erkenning dat kind aanspraak om mede te beuren in de onder den *C.-C.* opengevallen moederlijke nalatenschap? — Ja.

Werkt de regterlijke erkenning terug tot op het oogenblik van het erkende feit? — Ja.

Arrest van 30 Jan. 1885, no 1935, ... blz. 382.

GRONDWET.

A. 131 en 148. Zie het arr. van 5 Dec. 1884, nº 1919, blz. 189.

WET OP DEN OVERGANG.

(van 16 Mei 1829, St. nº 29.)

A. 1. Zie het arr. van 30 Jan. 1885, nº 1935, . blz. 382.

REGTERLIJKE ORGANISATIE.

A. 54. Zie het arr. van 2 Jan. 1885, nº 1924, . blz. 255.

ALGEMEENE BEPALINGEN VAN WETGEVING.

A. 3 jº aº 1902 B.-W; a. 1279 B.-W. Is de regter bevoegd het bestaan van gewoonte als regtsbron uit eigen wetenschap te putten? — Ja.

Is gebruik in tiendquaestiën volgens het oude regt uitgesloten? — Neen.

Eischt opvordering van tiendregt eene voorafgaande in-morastelling? — Neen.

Stuit de bewering, dat de onderwerpelijke tiend zoude zijn van feodalen oorsprong, af op de feitelijke beslissing? — Ja.

Arrest van 26 Maart 1885, nº 1945, ... blz. 545.

A. 3; a. 1607 en 1633 B.-W. Is de regter bevoegd het bestaan van gewoonte, volgens zijne eigene wetenschap, aan te nemen, en is het onverschillig voor partijen langs welken weg hij die wetenschap heeft verkregen? — Ja.

Ziet de termijn dien a. 1607 B-W. op het oog heeft, op de tijdruimte, die tusschen de opzegging der huur en de ontruiming van het gehuurde moet verloopen? — Ja.

Verwijst a. 1633 B.-W. ook voor den duur van mondelinge huur van landen naar het plaatselijk gebruik? — Neen.

Is de beslissing van het Hof, dat het hakhout als van luttele waarde, hier geheel als bijzaak is te beschouwen, en dat de geheele inzameling der vruchten van het gehuurde in één jaar kan geschieden, als zijnde geheel van feitelijken aard, in cassatie onaantastbaar? — Ja.

Arrest van 27 Maart 1885, nº 1946, ... blz. 554.

A. 14. Was *in casu* sprake van overeenkomsten, door welke aan de wetten, die op de goede zeden betrekking hebben, hare kracht wordt ontnomen en die alzoo voor geene latere bekrachtiging vatbaar zouden zijn? — Neen.

Arrest van 12 Dec. 1884, nº 1921, ... blz. 212.

BURGERLIJK WETBOEK.

A. 99, 100, 101, 106. Zie de Beschikking van 27 Nov. 1884, nº 1917, ... blz. 177.

A. 183 v. Zie op a. 443.

A. 228. Is dit a. geschonden of verkeerd toegepast door te beslissen, dat als *buitensporigheden* slechts kunnen worden beschouwd handelingen, gepleegd met het gevolg, dat daardoor aan den anderen echtgenoot een regtstreeksch nadeel wordt veroorzaakt? — NEEN.

Arrest van 20 Junij 1884, nº 1906, ... blz. 89.

A. 315. Houdt de op dit wetsa. steunende betrekking van bijzonderen, — aan het kind, welks wettigheid betwist werd, — toegevoegden voogd op door het overlijden van dat kind? — JA.

Is, als dit overlijden plaats greep hangende een regtsgeding, teregt de schorsing van dat geding uitgesproken? — JA.

Arrest van 20 Maart 1885, nº 1942, ... blz. 518.

A. 343. Geeft de onder het B.-W. door het natuurlijk kind verkregene regterlijke erkenning dat kind aanspraak om mede te beuren in de onder den *C.-C.* opengevallen moederlijke nalatenschap? — JA.

Arrest van 30 Jan. 1885, nº 1935, ... blz. 382.

A. 385, al. 3. Zijn de a. 353, 354, 355, 356, 357, 358, 405 en 441 B.-W. geschonden of verkeerd toegepast, door te beslissen, dat de voogd, ook dan wanneer een der ouders leeft en de voogdij verloren heeft, het regt en den pligt heeft om den minderjarige op te voeden, te bewaken en te leiden en dus ook zijn verblijf te bepalen, en, zulks geraden oordeelende, hem tot zich te nemen? — JA.

Arrest van 18 Julij 1884, nº 1910, ... blz. 118.

A. 443; a. 467 en volgg. jº aº 183 volgg. B.-W. en a. 336 B.-R. Verbiedt eenig wetsa. uitgaven, die door de moeder, als feitelijk in den onverdeelden boedel met hare kinderen zijnde en dien boedel beheerende en tevens in hare betrekking als wettige voogdes ten nutte der onroerende goederen van dien boedel gedaan, bij de geregtelijke scheiding in het passief des boedels te brengen? — NEEN.

Is de bewering, dat die uitgaven alleen in de voogdij-rekening behooren te worden te berde gebragt, gegrond, als niet blijkt in welke hoedanigheid die uitgaven ware gedaan? — NEEN.

Wordt tot het besteden van een gedeelte der koopsom van een met regterlijke magtiging verkocht onroerend goed tot herstelling en verbouwing van andere onroerende goederen en tot het doen van dergelijke uitgaven, ergens in de wet eene regterlijke magtiging vereischt? — NEEN.

Arrest van 14 Nov. 1884, nº 1913, ... blz. 140.

A. 467 v. Zie op a. 443.

A. 577. Zie het arr. van 13 Maart 1885, nº 1940, blz. 496.

A. 590. Zie op a. 596.

A. 596, 639, 667; a. 590 j°, 596; 1356, 4°; 1371. Is de beslissing van het Hof, dat het de bedoeling van partijen was den eischer van pachter van het onroerend goed en eigenaar der roerende goederen te maken tot beheerder daarvan, feitelijk? — JA.

Volgt uit de bepaling van a. 667, 1e lid, B.-W. dat de levering van roerende zaken plaats heeft door de overgave daarvan, dat er voor de levering altijd noodig is overgifte van hand tot hand? — NEEN.

Kan op eene bewering, voor het eerst in cassatie voorgesteld (*in casu* dat *constitutum possessorium* niet mogt zijn aangenomen, waar niet duidelijk en niet uitdrukkelijk bleek, uit welke oorzaak de vroegere bezitter in het vervolg enkel *detentor* zou zijn) worden acht geslagen? — NEEN.

Arrest van 12 Febr. 1885, n° 1936, ... blz. 401.

A. 639. Moet hij, die beweert eigenaar te zijn van een onroerend goed, tevens bewijzen dat hij die hem den eigendom overdroeg, het regt had om over dat goed te beschikken? — NIET BESLIST.

Kan de toestemmende beantwoording dier vraag in ieder geval alleen hare toepassing vinden, waar het regt van beschikking van den auteur wordt betwist? — JA.

Arrest van 9 Jan. 1885, n° 1927, ... blz. 220.

A. 639. Zie op a. 596.

A. 667. Zie op a. 596.

A. 668. Schort, als compensatie het gevolg moet zijn van de overdragt eener schuldvordering, a. 668 B.-W. hare werking op, totdat aan de daar gestelde vereischten is voldaan? — JA.

Arrest van 30 Mei 1884, n° 1898, ... blz. 13.

A. 1079, 1082, 1086, 1°. Kan de beneficiaire erfgenaam volstaan met rekening en verantwoording te doen aan de gezamenlijke schuldeischers en legatarissen en behoeft hij dit niet te doen aan elken crediteur afzonderlijk? — JA.

Moet hij geacht worden nalatig te zijn gebleven, wanneer hij, hoewel reeds door een enkelen schuldeischer tot aflegging van rekening gesommeerd, zich binnen den bij de wet bepaalden tijd van zijne wettige verpligting op wettige wijze kwijt? — NEEN.

Arrest van 22 Jan. 1885, n° 1932, ... blz. 357.

A. 1082. Zie op a. 1079.

A. 1086. 1°. Zie op a. 1079.

A. 1178, 1180, 1185, 1195, al. 1. Zie het arr. van 29 Jan. 1885, n° 1934, ... blz. 376.

A. 1180. Zie op a. 1178.

A. 1185. Zie op a. 1178.

A. 1195, al. 1 Zie op a. 1178.

A. 1195, no 1. Behooren de kosten tot failliet-verklaring aangewend tot de kosten van uitwinning of boedel-redding, hier bedoeld? — Ja.

Arrest van 2 Jan. 1885, no 1925, ... blz. 265.

A. 1279. Zie het arr. van 26 Maart 1885, no 1945, blz. 545.

A. 1279, 1280, 1286, 1304 en v.; 1417, al. 3 en 1441. Is, ofschoon feitelijk vaststaat, dat de ingestelde vordering tijdens de dagvaarding niet was opeischbaar, de exceptie van niet-ontvankelijkheid op die omstandigheid gegrond, teregt afgewezen, op grond dat de opeischbaarheid *pendente lite* is ingetreden? — Ja.

Kunnen, wanneer eene vordering eerst *pendente lite* is ingetreden, de renten worden toegewezen sedert den dag der dagvaarding? — Ja.

Arrest van 20 Febr. 1885, no 1938, ... blz. 468.

A. 1280. Zie op a. 1279.

A. 1282, 1283, 1284, 1493, 1549, 1902 js 56 en 612 B.-R. Kan, waar in de wet de criteria voor winstderving niet worden aangetroffen, het aannemen van zekere factoren voor die berekening wetschennis opleveren? — Neen.

Rustte, waar de eischer in cassatie vergoeding der winstderving op een anderen grondslag dan het Hof aannam, vorderde, ook op hem de last om te bewijzen, dat hij de winst, die hij had meenen te behalen, heeft gemist? — Ja.

Arrest van 18 Dec. 1884, no 1922, ... blz. 224.

A. 1286. Zie op a. 1279.

A. 1304 en v. Zie op a. 1279.

A. 1356, 4o. Zie op a. 596.

A. 1356, 1371, 1902 en 1915. Toonen in eene schuldbekentenis de woorden „waarde naar genoegen genoten" voldoende aan dat de schuldenaar tegenover de schuld, waarvan hij het bestaan erkent, van de zijde van den schuldeischer heeft genoten eene met zijne schuld gelijkstaande praestatie en dat in die praestatie de oorzaak zijner verbindtenis is gelegen? — Ja.

Moet, zoo de schuldenaar tegen zijne eigene schriftelijke erkentenis wil opkomen, het bewijs van de onwaarheid van het door hem erkende ook door hem worden geleverd? — Ja.

Arrest van 27 Nov. 1884, no 1916, ... blz. 174.

A. 1363. Geldt dit a. zoowel voor den borg als voor den hoofdschuldenaar? — Ja.

Arrest van 12 Dec. 1884, no 1921, ... blz. 212.

A. 1371. Zie op a. 596.

A. 1371. Zie op a. 1356.

A. 1401, 1402, 1403. Is de als bewezen aangenomen handeling des eischers (de wegvoering van eens anders piano) teregt als onregtmatig beschouwd? — Ja.

Kan ook ter goeder trouw onregtmatig worden gehandeld? — Ja.

Is onregtmatigheid eene qualificatie, en geen feit, zoodat daarvan geen afzonderlijk bewijs behoefde te worden afgelegd? — Ja.

Arrest van 28 Nov. 1884, n° 1918, ... blz. 181.

A. 1401, 1402, 1403. Stuit de beweerde schending en verkeerde toepassing der verordening voor de gemeente Rotterdam op het gebruik der Koningshaven van 31 Aug. 1876, in verband met de a. 1401, 1402 en 1403 B.-W., af op de feitelijke beslissing, dat niet is bewezen, dat op het oogenblik dat de schipper het anker uitwierp, de stadsbrug gesloten was? — Ja.

Arrest van 15 Jan. 1885, n° 1929, ... blz. 309.

A. 1402. Mag tegenbewijs alleen dienen om de onwaarheid aan te toonen der bij de enquête afgelegde verklaringen of kan het evenzeer strekken om de onjuistheid te staven der gevolgtrekkingen, welke men ten gunste der ingestelde vordering uit de aanvankelijk gebleken feiten zou kunnen afleiden? — In laatstgemelden zin beslist.

Is het aanwezig zijn van een boutkop zonder overdekking met hout of ijzeren plaat aan een werk, den Staat toebehoorende en op zijnen last gebouwd, een feitelijke toestand, die op zich zelf tot schadevergoeding verpligten kan, indien niet daarbij gesteld wordt, dat hij het gevolg is van eene nalatigheid of onvoorzigtigheid van hem, wien men op grond van a. 1402 B.-W. wil aanspreken? — Neen.

Had eisch^sse, waar zij zich over het onderhoud der bewuste werken beklaagt, moeten bewijzen, dat de verw. op eenigerlei wijze te kort was geschoten in de gewone zorg die aan het onderhoud van zoodanige werken, als het hier bedoelde, behoort te worden ten koste gelegd? — Ja.

Arrest van 27 Junij 1884, n° 1909, ... blz. 109.

A. 1402. Is de Staat, werken aanleggende in eene voor ieder toegankelijke haven, evenals een bijzonder persoon, volgens a. 1402 B.-W. verpligt de schade te vergoeden, welke hij daarbij door nalatigheid of onvoorzigtigheid in de constructie veroorzaakt? — Ja.

Is de Staat als met het onderhoud belast en het toezigt uitoefenende op de haven, ook verpligt de schade te vergoeden die gevolg is van nalatigheid in dat onderhoud? — Ja.

Arrest van 8 Jan. 1885, n° 1926, ... blz. 270.

A. 1417, al. 3. Zie op a. 1279.

A. 1441. Zie op a. 1279.

A. 1449. Zie het arr. van 23 Mei 1884, n° 1897, blz. 7.

A. 1470 j° a. 777 K. Kan de debiteur van eene failliete

massa, die door cessie eigenaar is geworden van eene schuldvordering tegen den failliet en deze na den aanvang van het faillissement aan den failliet heeft doen beteekenen, zijn debiteur met die vordering compenseren? — NEEN.

Arrest van 30 Mei 1884, nº 1898, ... blz. 13.

A. 1484 jº aº 441, 443. Heeft, wanneer eene moeder-voogdes ten behoeve van haar minderjarig kind eene bestelling heeft gedaan, de schuldeischer regt het bedrag daarvan op te vorderen van den voogd, die de moeder-voogdes heeft vervangen, behoudens het verhaal van dezen op de vroegere voogdesse, zoo daartoe gronden zijn? — JA.

Arrest van 13 Junij 1884, nº 1901, ... blz. 42.

A. 1493. Zie op a. 1282 en v.

A. 1549. Zie op a. 1282 en v.

A. 1640 in verband met § 452 en 457 der Alg. Voorwaarden van aanbesteding, vastgesteld bij beschikking van den Min. v. binnenl. zaken van 22 Mei 1876. Heeft de eischer bewezen, dat te late oplevering van een gedeelte van het werk het gevolg was van omstandigheden, van zijnen wil onafhankelijk? — NEEN.

Heeft de eischer het zich zelven te wijten, dat de betaling van het tweede gedeelte zijner tegenwoordige vordering, nog achtergebleven is, en kan de Staat met het door hem gedane aanbod volstaan? — JA.

Arrest van 31 Oct. 1884, nº 1912, ... blz. 131.

A. 1650. Kent dit wetsa. bij uitzondering op den algemeenen regel eene regtsvordering toe aan eenige daarbij genoemde personen uit eene overeenkomst, die zij met derden aangegaan hebben, en is deze wetsbepaling voor geene analogische uitbreiding tot andere dan tot de daarbij bepaald opgenoemden vatbaar? — JA.

Arrest van 6 Maart 1885, nº 1939, ... blz. 476.

A. 1839. Heeft het Hof ten onregte onbeslist gelaten of de regtsbetrekking tusschen partijen moet worden beschouwd als die tusschen kooplieden, welke uithoofde hunner handelsbetrekkingen over en weer staan in rekening-courant, dan wel eenvoudig die tusschen lastgever en lasthebber? — JA.

Is de lastgever bevoegd, ook bij reconventioneele vordering, het in wettelijken vorm afleggen eener rekening en verantwoording van den lasthebber te eischen? — JA.

Arrest van 20 Junij 1884, nº 1907, ... blz. 97.

A. 1845. Is de lastgever verpligt den lasthebber de schadeloosstelling terug te betalen, welke door dezen aan den aannemer is voldaan, wanneer alleen het verzuim des lastgevers die schade heeft veroorzaakt? — JA.

Arrest van 19 Dec. 1884, nº 1845, ... blz. 238.

A. 1861 j° a. 2, 3, 4, 5 K. Moet, waar in 's regters uitspraak een contract van borgstelling dus wordt uitgelegd, dat de bewoordingen er van niet anders beteekenen dan borgzegging voor de schulden in rekening-courant door den gefailleerde ter zake van zijn handel aangegaan, en het geen twijfel lijdt, of de door de borgen gewraakte handelingen van den gefailleerde, zijn door dezen als koopman ten behoeve van zijn handel verrigt, die uitspraak in cassatie worden geëerbiedigd? — JA.

Arrest van 12 Dec. 1884, n° 1921,...... blz. 212.

A. 1902. Zie op a. 1282 en v.
A. 1902. Zie op a. 1356.
A. 1902 en volgg. Zie op a. 1953.
A. 1902. Zie het arr. van 13 Maart 1885, n° 1940, blz. 496.
A. 1902. j° a. 3° A.-B. Zie het arr. van 26 Maart 1885, n° 1945, ... blz. 545.

A. 1902. Is de bewering, dat de onderteekening van zeker saldo-billet door vreesaanjaging is afgeperst, met de feitelijke beslissing in strijd? — JA.

Arrest van 12 Dec. 1884, n° 1921,...... blz. 212.

A. 1903. Zie de Beschikking van 27 Nov. 1884, n° 1917, blz. 177.
A. 1915. Zie op a. 1356.

A. 1932, 1933, 1935. Zijn deze a. en a. 1, al. 2, 2, 3 en 4, n° 3 en 4, K., in verband met a. 199 en 200 B.-R. geschonden en verkeerd toegepast door getuigenbewijs toetelaten waar de eischer wel koopman, maar de handeling van den ged. geen daad van koophandel was? — JA.

Arrest van 15 Jan. 1885, n° 1928,...... blz. 301.

A. 1943, 1944. Heeft de Nederlandsche wetgever in burgerlijke zaken de verklaringen van getuigen *de auditu* willen uitsluiten? — NIET BESLIST.

Arrest van 13 Junij 1884, n° 1903,...... blz. 56.

A. 1953 j° a° 1902 en volgg. Bepaalt onze burgerlijke wet hoe vermoedens zelve moeten bewezen worden? — NEEN.

Is het *fundamentum petendi* door het Hof hier wel degelijk bewezen verklaard? — JA.

Arrest van 20 Junij 1884, n° 1905, ... blz. 75.

A. 1954. Heeft de *judex facti* te regt geoordeeld, dat in deze de vereischten eener exceptie van gewijsde zaak aanwezig zijn? — JA.

Kan wijziging van beweegredenen de oorzaak zelve der vordering veranderen? — NEEN.

Arrest van 11 Dec. 1884, n° 1920, ... blz. 205.

A. 1961. Verbiedt dit a. den regter, de erkende feiten in het geheel aannemende, daaruit andere gevolgen af te leiden als de partij, van wie de erkenning af komstig was, gedaan had? — NEEN.

Arrest van 30 Mei 1884, no 1898, ... blz. 13.

WETBOEK VAN KOOPHANDEL.

A. 1, al. 2, 2, 3 en 4, no 3 en 4. Zijn deze a. in verband met a. 1932, 1933 en 1935 B.-W. en a. 199 en 200 K. geschonden en verkeerd toegepast door getuigenbewijs toetelaten waar de eischer wel koopman, maar de handeling van ged^e geene zaak van koophandel was? — JA.

Arrest van 15 Jan. 1885, no 1928, ... blz. 301.

A. 201, 209. Heeft de voorlaatste houder van een orderbilletj, die, ondanks te laat protest door den laatsten houder, dezen het bedrag met de proceskosten heeft gerembourseerd, volgens a. 201 en 209 K. regt van verhaal op den oorspronkelijken uitgever? — NEEN.

Arrest van 13 Maart 1885, no 1941, ... blz. 508.

A. 769. Neèmt dit a. den dag van het faillissement als één geheel aan? — JA.

Arrest van 30 Mei 1884, no 1898, ... blz. 13.

A. 770, 813, 834, 835, 846, 863 js a. 1178 en v. B.-W. en a. 56 B.-R. Zijn de aangehaalde wetsa. geschonden en verkeerd toegepast, omdat de proceskosten, waarin de gefailleerde jegens de eischers in cassatie is veroordeeld op het verzet, door hen ingesteld tegen de homologatie van het door den gefailleerde aangeboden accoord, in de rangregeling niet zijn opgenomen onder de faillissementskosten, waarvoor de curator als eerste bevoorregte schuldeischer in de rangregeling was geplaatst? — NEEN.

Arrest van 29 Jan. 1815, no 1934, ... blz. 376.

A. 777. Zie het arr. van 30 Mei 1884, no 1898, . blz. 13.
A. 798. Zie op a. 964.
A. 813. Zie op a. 770.
A. 813. Zie het arr. van 20 Maart 1885, no 1943, blz. 530.
A. 834. Zie op a. 770.
A. 835. Zie op a. 770.
A. 846. Zie op a. 770.

A. 848 jo ao 1449. Brengt het gehomologeerde accoord tusschen den gefailleerden schuldenaar en diens schuldeischer schuldvernieuwing te weeg? — JA.

Werkt die schuldvernieuwing ook ten aanzien van hem, die zich voor den gefailleerde borg heeft gesteld? — NEEN.

Kan dus de crediteur in een faillissement, die ten gevolge van een gehomologeerd accoord slechts een deel zijner vordering van den failliet ontvangt, het overige op zijn borg verhalen? — JA.

Arrest van 13 Mei 1884, nº 1897, ... blz. 7.

A. 863. Zie op a. 770.

A. 964, 798. Kan de regter, als getuigenis in eene burgerlijke zaak aannemende de verklaring van den curator in een faillissement, inhoudende dat door hem een inventaris is opgemaakt *overeenkomstig de inlichtingen van den failliet*, volgens a. 798 K., gezegd worden bewijskracht te hebben geschonken aan eene verklaring van een getuige, geput uit inlichtingen? — NEEN.

Arrest van 13 Junij 1884, nº 1903, ... blz. 56.

A. 971. Zie het arr. van 20 Maart 1885, nº 1943, blz. 530.

BURGERLIJKE REGTSVORDERING.

A. 4, nº 5. Zie het arr. van 20 Maart 1885, nº 1943, blz. 530.
A. 5. Zie op a. 406.
A. 48. Zie het arr. van 30 Jan. 1885, nº 1935, . „ 382.
A. 56. Zie het arr. van 18 Dec. 1884, nº 1922, . „ 224.
A. 56. Zie het arr. van 29 Jan. 1815, nº 1934, . „ 376.
A. 56. Zie het arr. van 20 Febr. 1885, no 1938, . „ 468.

A. 56. Moet onder *verliezende partij* in a. 56 B.-R. worden bedoeld de partij, *wier conclusien* worden afgewezen? — JA.

Is dit geschied met den eischer, die in verzet is gekomen op grond dat de vordering van de verwsse tot een te hoog bedrag was gedaan, op dien grond tot geheele afwijzing van de tegen hem ingestelde vordering heeft geconcludeerd en niettemin is veroordeeld om aan de verwsse de door haar van hem geëischte, zij het dan ook met een gering bedrag verminderde som te betalen? — JA.

Arrest van 26 Maart 1885, nº 1944, ... blz. 541.

A. 56 en 57 jº aº 44 v. h. Tarief van Justitie-kosten en salarissen in burgerl. zaken. Kunnen ook in gedingen waarin enkel procureurs optreden nog andere kosten dan hun salaris te pas komen? — JA.

Arrest van 20 Nov. 1884, nº 1915, ... blz. 168.

A. 56, 612—614 Behoefde, waar het bedrag van het in eersten aanleg toegewezen schade-cijfer in hooger beroep niet is betwist en dus geen punt van geschil heeft uitgemaakt, dat in hooger beroep op nieuw te worden onderzocht? — NEEN.

Arrest van 20 Junij 1884, nº 1905, ... blz. 75.

A. 68, 69, 73, 74, 332, 333 jº aº 54 R.-O. Is de al- of niet-vatbaarheid voor hooger beroep van het over de vrijwaring gewezen vonnis afhankelijk van de hoofdzaak, met dit gevolg

dat, zoo het in de hoofdzaak te wijzen vonnis niet voor hooger beroep vatbaar is, ook in het hoogste ressort door den regter over de vrijwaring beslist wordt? — JA.

Arrest van 2 Jan. 1885, n° 1924, ... blz. 255.

A. 73, 74. Zie op a. 68 en v.

A. 82 en 83 j° a° 7; a. 430; a. 289. Mist de stelling des eischers, als zoude de verw. bij diens verzet tegen het bij verstek gewezen vonnis niet gedagvaard hebben tegen de eerstkomende teregtzitting, in cassatie haren feitenlijken grondslag? — JA.

Heeft de president der-regtb. teregt beslist, dat de kwestie omtrent de al of niet informaliteit van het verzet van dien aård was, dat zij door de regtb. moest worden uitgemaakt en geene onverwijlde beslissing vorderde? — JA.

Arrest van 20 Nov. 1884, n° 1915, ... blz. 168.

A. 143. Zie op a. 771.

A. 155. Verbiedt a. 155 B.-R., bevelende dat de daar bedoelde exceptie van onbevoegdheid, moet worden voorgesteld alvorens andere weren van regten voor te dragen, tegelijkertijd subsidiair zoodanige middelen aan te voeren? — NEEN.

Arrest van 23 Jan. 1885, n° 1933, ... blz. 364.

A. 158. Zie op a. 771.

A. 199. Mist dit a. alle toepassing waar, volgens de feitelijke beslissing, partijen het eens waren over de daadzaken, waarvan de beslissing afhing? — JA.

Arrest van 13 Junij 1884, n° 1902, ... blz. 54.

A. 199 en 200. Zijn deze a. in verband met a. 1932, 1933, 1935 B.-W. en a. 1, al. 2, 2, 3 en 4, n° 3 en 4 K. geschonden en verkeerd toegepast door getuigen-bewijs toetelaten waar de eischer wel koopman, maar de handeling van den ged^e^ geen zaak van koophandel was? — JA.

Arrest van 15 Jan. 1885, n° 1928, ... blz. 301.

A. 237 en 238. Is het geheel aan 's regters oordeel overgelaten, een verhoor op vraagpunten te weigeren, in zoodanige gevallen, waar het zonder eenig nut slechts strekken zou om het geding te vertragen en de kosten daarvan te vermeerderen? — JA.

Arrest van 20 Junij 1884, n° 1908, ... blz. 106.

A. 289, 291, 292 B.-R.; — a. 53 R.-O. j^s^ a^s^ 126 en 129 B.-R. Zie het arrest van 13 Maart 1885, n° 1940 . . . blz. 496.

A. 332, 333. Zie op a. 68 en v.

A. 333. Is van eene beschikking eens kntrs. op een verzoekschrift waarbij de regten van anderen dan den requestrant betrokken zijn en waarbij die kntr. zich onbevoegd verklaard heeft,

hooger beroep toegelaten, zoodat beroep in cassatie vooralsnog niet-ontvankelijk is? — Ja.

A. 399 jº 344. Is het beroep in cassatie tegen het interlocutoir vonnis ontvankelijk, wanneer de eischer in cassatie zonder eenig protest tot het bij dat vonnis gelaste getuigenverhoor heeft medegewerkt? — Neen.

A. 406. Kan op eene bewering, voor het eerst in cassatie voorgedragen, acht worden geslagen? — Neen.

A. 406. Mag in cassatie eene nieuwe grief worden aangevoerd? — Neen.

Kan op de feitelijke beslissing dat de nu eischer het bewijs niet geleverd heeft van de door hem gestelde oorzaak van het niet voleindigen, tijdig en goed afwerken van de te verbouwen huizen, namelijk dat hij daarin door de bemoeijingen en tegenwerking van den nu verw. is belemmerd, in cassatie worden teruggekomen? — Neen.

Behoort de uitlegging van bewijsstukken in een proces uitsluitend tot den werkkring van den *judex facti?* — Ja.

A. 406 jº aº 5. Is de eischer ontvankelijk in zijne voorziening in cassatie, door hem ingesteld in zijn privé, waar de veroordeeling tegen hem werd uitgesproken als besturende eene handelsvennootschap onder eene firma? — Neen.

A. 771, 782, 158, 143; — a. 813 K. jº aº 4, nº 5; a. 791 K. Wordt de curator in een faillissement teregt in cassatie gedagvaard, ook al is het vonnis, waarbij de failliet-verklaring is uitgesproken, nog niet in kracht van gewijsde gegaan? — Ja.

Is er sprake van berusting in eene veroordeeling tot het doen van rekening en verantwoording waar de eischer aan die veroordeeling heeft gevolg gegeven, „onder zeer uitdrukkelijk protest" en bij request tot benoeming van een regter-commissaris „van nonprejudice met name ten opzigte van de judicieele verhouding tusschen partijen in eene met name aangeduide procedure"? — Neen.

Is a. 158 B.-R. verkeerd toegepast, waar in het arr. *a quo* uitdrukkelijk is beslist, dat het a. *niet* is toegepast, omdat

zich een geval van verknochtheid voordeed, dat tot niet-ontvankelijk-verklaring der vordering zou moeten leiden? — Neen.

Zijn a. 771 en 782 B.-R. echter geschonden door op grond van *quasi-litispendentie* niet-ontvankelijk-verklaring uit te spreken? -- Ja.

Arrest van 20 Maart 1885, n° 1943, ... blz. 530.

TARIEF VAN JUSTITIEKOSTEN EN SALARISSEN IN BURGERLIJKE ZAKEN.

(Wet van 28 Aug. 1843, St. n° 37.)

A. 44. Zie het arr. van 20 Nov. 1884, n° 1915, blz. 168.

A. 40 en 33. Belet a. 40, al. 3, van het Tarief van justitiekosten en salarissen in burgerlijke zaken den cliënt verzet te doen tegen de beschikking van den voorzitter der regtb. op een verzoek om herziening eener declaratie? — Neen.

Belet hetzelfde a. den cliënt van de niet-ontvankelijk-verklaring van dit verzet in hooger beroep te komen? — Neen.

Vervalt door de ontkennende beantwoording dezer tweede vraag van zelf de grief, tegen de beslissing van het Hof aangevoerd, dat a. 40 van het Tarief niet toepasselijk zou zijn, wanneer de uitspraak nietig is om den vorm of om een verzuim in de procedure, en bedoelde uitspraak is gewezen zonder het O.-M. te hooren? — Ja.

Bedoelt a. 33 van het tarief, sprekende van *woonplaats* van den advocaat, alleen die, waar de advocaat gevestigd is en niet die waar het regtsgeding, ter zake waarvan hij zijne declaratie inleverde, werd gevoerd? — Ja.

Arrest van 23 Jan. 1885, n° 1933, ... blz. 364.

GEMEENTE-WET

(van 29 Junij 1851, St. n° 85; gewijz. bij wet van 7 Julij 1865, St. n° 79.)

A. 230, 231. Zie het arr. van 5 Dec. 1884, n° 1919, blz. 189.

ONTEIGENING TEN ALGEMEENEN NUTTE.

(Wet van 28 Aug. 1851, St. n° 125.)

A. 17 j° a° 409 B.-R. Moet de bepaling van dit a. worden beschouwd als imperatief? — Ja.

Volgt daaruit dat de onteigenende partij, indien zij aan gemelde bepaling niet of niet behoorlijk heeft voldaan, in hare vordering niet is ontvankelijk? — Ja.

Arrest van 14 Nov. 1884, n° 1914, ... blz. 159.

CASSATIE-PROCEDURE IN BURGERLIJKE ZAKEN,
(Wet van 26 Junij 1876, St. n° 124.)

A. 1 en 9. Is een procureur bij den H.-R. bevoegd als zoodanig een requestrant in cassatie te vertegenwoordigen? — NEEN.

Beschikking van 27 Nov. 1884, n° 1917, .. blz. 177.

VISSCHERIJEN OP DE SCHELDE EN ZEEUWSCHE STROOMEN.
(Reglementen vastgesteld bij Kon. besluit van 17 Junij 1875, St. n° 134. Bestuur; Wijze van bevisschen.)

A. 1 en 2 v. h. Kon. besluit; a. 1, 2, 12, 13 en 14 van het daarbij vastgestelde reglement. Behoort eene vordering tot opheffing eener belemmering in de uitoefening van een burgerlijk regt tot de competentie der regterlijke magt? — JA.

Kan de vraag of hier uithoofde van onverwijlden spoed onmiddellijke voorziening werd geëischt, een onderzoek in cassatie uitmaken? — NEEN.

Is, blijkens a. 1 van het Kon. besluit van 17 Junij 1875 dit besluit, evenals het daarbij vastgesteld Regl., beperkt tot de tot het domein van den Staat behoorende visscherijen op de Schelde en Zeeuwsche stroomen? — JA.

Arrest van 13 Maart 1885, n° 1940, ... blz. 496.

AANBESTEDING (ALG. VOORWAARDEN VAN)
(vastgesteld bij beschikking van den Minister van Binnenl. Zaken van 22 Mei 1876.)

§ 452 en 457. Zie het arr. van 31 Oct. 1884, n° 1912, blz. 131.

RIJKSKANALEN.
ALGEMEEN REGLEMENT VAN POLITIE VOOR DE —.

(Kon. besluit van 5 Febr. 1879, St. n° 30.)

A. 7, 18, 61, 62. Zie het arr. van 8 Januarij 1885, n° 1926, ... blz. 270.

PROVINCIALE REGLEMENTEN.
OP DE WEGEN EN VOETPADEN IN ZUIDHOLLAND V. 1870.

A. 3. Is bij het beklaagde arr. de door het administratief gezag in het algemeen belang geregelde verpligting om in het onderhoud van een openbaren weg te voorzien te regt aangemerkt als een publiekregtelijke last, die niet naar de regelen van het burgerlijk regt mag beoordeeld worden? — JA.

Betreft daarentegen de regtsvordering tot terugvordering van

gelden voor onderhoud door het polderbestuur uitgegeven eene schuldvordering, bij het beklaagde arr. te regt geoordeeld te behooren tot de kennisneming van de regterlijke magt? — Ja.

Moet onder „bijwerken" der leggers verstaan worden het aanbrengen zoowel van verbeteringen als van aanvullingen? — Ja.

Is *in casu* de onderhoudspligt aangenomen krachtens en in overeenstemming met den onder vigueur van het Prov.-Regl. op de wegen enz. opgemaakten legger, en kan daartegen alleen bij de administratie worden opgekomen? — Ja.

PLAATSELIJKE REGLEMENTEN.

VERORDENING OP HET GEBRUIK DER KONINGSHAVEN TE ROTTERDAM van 31 Augustus 1876.

Stuit de beweerde schending en verkeerde toepassing dezer verordening, in verband met de a. 1401, 1402 en 1403 B.-W. af op de feitelijke beslissing, dat niet is bewezen, dat op het oogenblik dat de schipper het anker uitwierp, de stadsbrug gesloten was? — Ja.

NEDERLANDSCH-INDIE.

BURGERLIJK WETBOEK.

A. 1917 jo 1954. Mag wanneer den eischer is ontzegd eene vordering tot betaling van overliggelden, die hij beweert dat hem verschuldigd waren wegens bepaalde dagen in 1876, de exceptie van gewijsde zaak hem worden tegengeworpen, wanneer hij bij nieuwe vordering vraagt overliggelden, verschuldigd wegens andere dagen in 1876 en 1877? — Neen.

Moet de regter, bij het onderzoek naar de vereischten van gewijsde zaak, wel degelijk op het onderscheid tusschen *dezelfde zaak* en *dezelfde oorzaak* acht slaan? — Ja.

REGLEMENT VOOR HET HOOGER BEROEP AAN DEN H.-R. DER NED. VAN DE ARRESTEN IN EERSTEN AANLEG GEWEZEN DOOR HET HOOGGEREGTSHOF IN N.-I.

(Kon. besluit van 28 Sept. 1850, St. no 63.)

A. 1. Is bij dit a. het hooger beroep toegelaten van eene vordering van onbepaalde waarde? — Neen.

WEST-INDIE.

REGLEMENT VOOR HET HOOGER BEROEP AAN DEN H.-R. DER NED. VAN VONNISSEN IN BURGERL. ZAKEN GEWEZEN DOOR HET GEREGTSHOF TE SURINAME.

(vastgesteld bij Kon. besluit van 11 Jan. 1840, St. n° 1, en gehandhaafd bij de wet van 4 April 1869, St n° 36.)

A. 1, al. 2. Veroorlooft de aangehaalde bepaling het komen in hooger beroep van eene vordering tot ontbinding van een tusschen partijen bestaand huwelijk? — NEEN.

Arrest van 20 Junij 1884, n° 1904, ... blz. 62.

BURGERLIJK WETBOEK.

A. 1830; a. 467, al. 3; j° a° 727 B.-R. Moeten in de rekening van den voogd worden goedgedaan alle noodzakelijke, betamelijke en behoorlijk geregtvaardigde uitgaven? — JA.

Behooren zelfs de geringste uitgaven door kwijtingen te worden geregtvaardigd overeenkomstig de voorschriften van het wettig bewijs, of staat het geheel aan den *judex facti* om te beslissen of zij voldoende zijn geregtvaardigd? — IN LAATSTBEDOELDEN ZIN BESLIST.

Arrest van 16 Jan. 1885, n° 1930, ... blz 313.

A. 1607. Zie het arr. van 17 Maart 1885, n° 1946, blz. 554.
A. 1633. Zie het arr. van 17 Maart 1885, n° 1946, „ 554.

VERZAMELING VAN ARRESTEN

VAN DEN

HOOGEN RAAD DER NEDERLANDEN.

BURGERLIJK REGT, REGT VAN KOOPHANDEL EN BURGERLIJKE REGTSVORDERING.

N° 1896. — Arrest van 23 Mei 1884.

(A. 406 j° a° 5 B.-R.)

Is de eischer ontvankelijk in zijne voorziening in cassatie, door hem ingesteld in zijn privé, waar de veroordeeling tegen hem werd uitgesproken als besturende eene handelsvennootschap onder eene firma? — NEEN.

De Proc.-G. Mr. RÖMER heeft in deze zaak de volgende conclusie genomen:

„Volgens het vonnis van de regtb. te Amsterdam, d.d. 15 Mei 1883, waartegen deze voorziening in cassatie is gerigt, is gedagvaard de handelsvennootschap onder de firma G. EN H. winkeliers; en vermits er geen gemeenschappelijk kantoor is, werd het exploit, volgens het daarop gesteld relaas, gedaan ter woonplaats van den besturenden vennoot J. G.

„Op dat exploit werd voor J. H. F. J. G., als daarbij gezegd wordende te zijn besturend vennoot der handelsvereeniging onder de firma G. EN H., procureur gesteld, en op de ingestelde vordering tot betaling der bij de dagvaarding breeder omschreven gelden, geconstateerd, dat de handelsvereeniging, onder de firma G. EN H., niet bestaat, en dusdanig bestaan door den gedaagde ten eenenmale wordt ontkend; dat zij derhalve nimmer debitrice kan zijn voor eenig, en

veel minder voor het door de eisch^{sse} gevorderde bedrag, en de vordering uit dien hoofde, zooals die is ingesteld en thans is liggende, in geen enkel opzigt kan opgaan.

„De gedaagde erkende voorts dat zoodanige handelsvereeniging, waarvan hij lid was, vroeger bestaan heeft, doch door faillissement is ontbonden; hij gaf op wat, naar zijne meening, door de eisch[sse] van de ontbonden firma kon worden gevorderd, en deed een aanbod, concluderende dat hij daarmede zou kunnen volstaan, des noodig tot zijne veroordeeling daartoe, met verdere niet-ontvankelijk-verklaring der eisch[sse] in haren eisch en genomen conclusiën, immers tot ontzegging daarvan *cum expensis.* De regtb. heeft teregt of ten onregte, dit moet blijken bij het onderzoek van het *eerste cassatie-middel,* bij het dictum de eisch[sse] ontvankelijk verklaard in hare vordering; voorts verklaard dat de gedaagde met zijn aanbod niet kan volstaan, maar hem veroordeeld tot betaling aan de eisch[sse] van een grooter bedrag, doch minder dan het door haar gevorderde, en overigens bepaald dat ieder der partijen haar eigene kosten zal dragen.

„Uit dat dictum vloeit m. i. voort dat de *litis-contestatie* met — en de veroordeeling van — den gedaagde geacht moet worden te hebben plaats gehad met den gedaagde in de qualiteit waarin hij was gedagvaard, en mitsdien als besturend vennoot der boven vermelde handelsvennootschap. Tegen dat vonnis is, volgens de dagvaarding, cassatie ingesteld door JOHANNES FRANCISCUS HERMAN JOSEPH G., zich ook wel schrijvende JOHAN HERMAN FRANZ JOSEPH G. te Amsterdam: en nu komt het mij voor, met den geachten raadsman voor de verw[sse], dat hij in die voorziening niet-ontvankelijk is; de veroordeeling is uitgesproken tegen den gedaagde, als besturende de firma; zij moet tegen de firma G. EN H. worden geëxecuteerd, en de tegenwoordige voorziening is ingesteld door den eischer in zijn privé.

„Er verschijnt dus in cassatie eene andere partij als die

waarmede in eerste instantie is gelitiscontesteerd, en al is nu de physieke persoon dezelfde, zoo geldt toch de regel, *quot qualitates*, *tot personae.* Ik geloof dat hiermede het beroep *a limine litis* wordt afgesneden, waardoor dan ook het onderzoek der *middelen* overbodig wordt.

„Wat is er echter van de voorgestelde *middelen* van cassatie?

„In de eerste plaats wordt beweerd verkeerde toepassing, en daardoor schending van a. 93 in verband met de a. 90 en 92 B.-R, omdat de regtb. de verwering, dat de vordering was niet-ontvankelijk omdat zij was ingesteld tegen een niet bestaande firma, heeft beschouwd als eene exceptie van nietigheid van dagvaarding en tengevolge van deze regtsdwaling, haar, als „verwerkt" door de gevoerde verdediging ten principale, heeft verworpen.

„In de eerste overw. *quoad jus* na vermelding van de door den gedaagde gevoerde verdediging, overweegt de regtb. dat zijn bewering is ongegrond; „dat immers de gedaagde door zich op de dagvaarding bij procureur te doen vertegenwoordigen, de nietigheid der dagvaarding niet voor te stellen, zich ten principale te verdedigen, en door het doen van een aanbod getoond heeft, zich de zaak aan te trekken en daardoor mogelijke nietigheid van dagvaarding ten deze verwerkt is, welke voor gedekt moet worden gehouden."

„De regtb. is dus van oordeel, dat indien door de gedagvaarde persoon eene exceptie van nietigheid ter dagvaarding was voorgesteld, deze mogelijk zou zijn toegewezen.

„Ik geloof met den geachten raadsman van den eischer dat die overw. onjuist is; maar er is geene exceptie van nietigheid voorgesteld en ook niet toegewezen, en uit dien hoofde kunnen de a. B.-R. bij het *middel* aangehaald ook niet zijn geschonden. Het dictum, waarbij de vordering van de eisch^{sse}, nu verw^{sse} in cassatie, ontvankelijk is verklaard, berust op een ander motief. De gedaagde beweerde dat de firma, waarvan hij volgens het exploit besturend vennoot zou

zijn, niet bestond; dat die firma dus geene debitrice kon zijn, en zij mitsdien in eene qualiteit was gedagvaard die hij niet bezat. Hij had zich dus het exploit niet behooren aan te trekken. Hij heeft echter met de eisch^sse eene *litis contestatie* aangevangen, en daarbij beweerd dat de firma heeft bestaan, en hij er lid van geweest is; dat die firma werkelijk de debitrice is geweest van de eisch^sse en haar nog gelden schuldig is. Hij heeft een aanbod gedaan om die niet vereffende schuld te betalen en geconcludeerd dat hij tot voldoening van dat bedrag zou worden veroordeeld. Door nu bij die verdediging de gewone conclusie tot niet ontvankelijk-verklaring, want eene eigenlijk gezegde exceptie is niet voorgesteld, te verwerpen, zijn de aangehaalde a. niet toegepast en evenmin geschonden.

„Het *tweede middel* luidt: schending en verkeerde toepassing van a. 134 B.-R., omdat als geldig is aangenomen eene vermindering van eisch, die eerst bij pleidooi, en dus na het voldingen der zaak is geschied.

„Wat is er nu van deze grief? Bij den *judex facti* is tusschen partijen over den zin en strekking van a. 134 B.-R. geen verschil gerezen, het vonnis *a quo* bevat daaromtrent ook geene beslissing; maar bij de tweede overw. *quoad jus* is overwogen, dat de gedaagde op een der bij den eisch gevorderde posten een bedrag van *ƒ* 6 heeft ontkend zonder evenwel de overige posten voor geleverd gas tegen te spreken, en dat de eisch^sse de gasrekening daarop met *ƒ* 6 heeft verminderd en daarvan bij pleidooi acte heeft gevraagd; weshalve dit gedeelte der vordering voor het verminderd bedrag kan worden toegewezen.

„Wanneer nu de woorden „tot den afloop der zaak" moeten worden opgevat als te beteekenen tot het wisselen der conclusiën, dan is toch dat voorschrift niet *d'ordre public*, en wanneer nu op eene aanmerking van den gedaagde, de eischer bereid is het gevorderde bedrag te verminderen, en de gedaagde niet aantoont dat hij door die vermindering eenige

schade lijdt, dan wordt m. i. a. 134 niet verkeerd toegepast door een dictum waarbij de vordering tot het niet betwist bedrag is toegewezen.

„De regter kan toch geen vordering toewijzen welke volgens beide partijen te hoog is; en daar nu de *plus petitio*, volgens ons regt, de vordering in haar geheel niet doet vervallen, en haar evenmin niet-ontvankelijk maakt, zou er m. i. slechts sprake kunnen zijn van eene veroordeeling des eischers in de kosten, op grond dat een gedeelte zijner vordering niet is bewezen. Deze nu zijn bij het dictum van het beklaagde vonnis gecompenseerd, en tegen die beslissing is de req. van cassatie niet opgekomen.

„Eindelijk luidt het *derde middel*: schending van de a. 1395, 1418 en 1703 B.-W. in verband met a. 848 K., omdat de regtb., niettegenstaande dat zij feitelijk aanneemt dat de gedaagde, thans eischer, tot kwijting van eene schuld van de door het faillissement ontbonden firma, aan de eisch^sse meer heeft betaald, dan krachtens het gehomologeerd accoord was verschuldigd, toch heeft beslist dat daardoor de vordering, die de eisch^sse krachtens a. 848 K. kon doen gelden, niet is voldaan.

„Van schending van a. 848 K. kan zeker geen sprake zijn, waar de regtb. uitdrukkelijk beslist dat de vordering betrof een schuld der ontbonden firma, en de oorspronkelijke eisch^sse verbonden is door het accoord, en dus niet meer kan vorderen dan de daarbij bepaalde percenten. De strekking van het *middel* schijnt echter deze te zijn. Het staat vast dat de nu eischer op de aan de firma geleverde gasornamenten, een zeker bedrag heeft betaald, ofschoon daartoe door het accoord niet wettelijk verbonden; de vordering om meerdere dergelijke onverschuldigde bijdragen te voldoen is dus, volgens het vonnis, ongegrond. De regter, natuurlijk uitgaande van het standpunt dat de gefailleerde firma *in lite* is, neemt aan dat hij betaald heeft vrijwillig, zonder dwaling of dwang,

en die betaling nu niet in mindering kan brengen van de volgens het accoord nog te betalen percenten. Er is dus geen *indebitum solutum*, noch volgens het eerste, noch volgens het tweede lid van a. 1395 B.-W.; en uit het *middel* blijkt niet in hoeverre hier grond had kunnen bestaan voor compensatie van het vrijwillig, als schuld der firma, betaalde, met de percenten, krachtens het accoord verschuldigd. Waar een bestaande schuld wordt gekweten is geen sprake van schenking; uit dien hoofde kan a. 1703 B.-W. niet zijn geschonden; m. i. is teregt door den geachten raadsman der verw^{sse} opgemerkt, dat de persoon van den betaler, *in casu* de besturende vennoot van de gefailleerde firma, geen grond van beslissing bij het vonnis heeft uitgemaakt om daarop de gevorderde compensatie af te wijzen.

„Ik heb de eer te concluderen tot niet-ontvankelijk verklaring, immers tot verwerping der voorziening, en veroordeeling van den req. in de kosten, in cassatie gevallen."

ARREST. — De H.-R. d. Ned. — Op het beroep van, enz.;

„O., dat de eischer bij deurwaarders exploit van 20 Nov. 1883 verklaard heeft in cassatie te komen van het vonnis door de arr.-regtb. te Amsterdam 15 Mei 1883 tusschen partijen gewezen;

„O., dat het hierbij bedoelde vonnis, blijkens de daarvan ten processe overgelegde grosse en afschrift, gewezen is tusschen de naamlooze vennootschap Amsterdamsche Pijp-Gas-Compagnie, eisch^{sse} bij exploit van dagvaarding van 30 Nov. 1882, en de handelsvennootschap onder de firma G. EN H., winkeliers, gedaagden bij dat exploit, hetwelk, blijkens het daarop voorkomend relaas, vermits er geen gemeenschappelijk kantoor is, ter woonplaats van den besturenden vennoot J. G. te Amsterdam is beteekend, en waarop voor J. H. F. J. G., wonende te Amsterdam, als bij dat exploit gezegd wordende te zijn besturend vennoot der handelsvennootschap onder de firma G. EN H., procureur is gesteld;

„O., dat de vraag, wie partijen in eenig geding zijn, naar de dagvaarding moet beoordeeld worden, en dat het beklaagde vonnis alzoo tegen genoemde handelsvennootschap, niet tegen den persoon die thans als eischer in cassatie optreedt, gewezen is, en deze laatste dus niet-ontvankelijk moet geacht worden in zijne voorziening;

„dat wel is waar, blijkens de 1e overw. van het vonnis, in regten, reeds in eersten aanleg het bestaan eener handelsvennootschap onder de firma G. EN H. betwist is, doch dat die bewering ongegrond verklaard is, en de toenmalige gedaagde G. als besturend vennoot dier vennootschap veroordeeld is, en hij mitsdien ook slechts als zoodanig tegen het vonnis kon opkomen;

„O., dat ten gevolge hiervan geen onderzoek van de voorgestelde *cassatie-middelen* te pas komt;

„Verklaart den eischer niet-ontvankelijk in zijne voorziening;

„Veroordeelt hem in de kosten daarop gevallen."

N° 1897. — Arrest van 28 Mei 1884.

(A. 848 K., j° a° 1449 B.-W.)

Brengt het gehomologeerde accoord tusschen den gefailleerden schuldenaar en diens schuldeischer schuldvernieuwing teweeg? — JA.

Werkt die schuldvernieuwing ook ten aanzien van hem, die zich voor den gefailleerden borg heeft gesteld? — NEEN.

Kan dus de crediteur in een faillissement, die ten gevolge van een gehomologeerd accoord slechts een deel zijner vordering van den failliet ontvangt, het overige op zijn borg verhalen? — JA.

Namens den Proc.-G. heeft de Adv.-G. SMITS in deze zaak de volgende conclusie genomen:

„De belangrijke regtvraag, die deze voorziening in cassatie te beantwoorden geeft, is deze: of de crediteur in een fail-

lissement die ten gevolge van een gehomologeerd accoord slechts een deel zijner vordering van den failliet ontvangt, het overige op zijn borg kan verhalen, eene vraag die door verschillende schrijvers over het onderwerp verschillend beantwoord wordt.

„De regtb. te Arnhem was van oordeel dat de borg na een gehomologeerd accoord verbonden blijft om na te leven de verpligting hem bij a. 1857 B.-W. opgelegd, nl. om aan de verbindtenis van den schuldenaar te voldoen, indien deze niet zelf daaraan voldoet.

„De eischer beweert, dat door deze beslissing geschonden of verkeerd toegepast zijn de a. 1449, 1451, 1460, 1476, 1478, 1857, 1858, 1868, 1876, 1877, 1884, 1885 B.-W. en 835, 841, 847, 848 en 921 K.

„Ik wil trachten zoo kort mogelijk mijne zienswijze omtrent het *middel* mede te deelen.

„De H.-R. heeft bij twee arr[n] en wel van 8 Apr. 1870 (v. D. HON., *B.-R.* XXXIV, 377; *N. Rspr.* XCIV, 293) en van 30 Jan. 1880 (v. D. HON., *B.-R.* XLV, 68; *N. Rspr.* CXXIV, 130), uitgemaakt dat een accoord in een faillissement is eene wederkeerige overeenkomst en niet eene regterlijke beslissing. Hiermede meen ik deze strijdvraag als geëindigd te mogen beschouwen, en inderdaad bij de terminologie van de wet schijnt deze oplossing de eenig mogelijke.

„Ik geloof, dat het niet noodig is omtrent dit punt in eene nadere ontwikkeling te treden daar de stelling, dat het accoord in hoofdzaak eene overeenkomst is, noch door de verw[sse], noch m. i. bij het beklaagde vonnis is weersproken.

„De bijzonderheid doet zich hier voor, dat de verw[sse] niet tot het accoord heeft medegewerkt en zij beroept zich daarop als zoude dit van invloed kunnen zijn bij de beslissing van deze zaak. Ik geloof ten onregte, want is het accoord eene overeenkomst, dan is het dit voor alle crediteuren, hetzij zij hebben toegestemd of niet. Het accoord toch wordt aangegaan tusschen den failliet en zijne gezamenlijke schuldeischers,

die allen daaruit dezelfde regten ontleenen, maar voor wie *allen*, volgens a. 848 K., ook het accoord even verbindend is. De wet maakt geen onderscheid tusschen crediteurs die toegestemd en die niet toegestemd hebben.

„Maar heeft het accoord het karakter eener overeenkomst, dan is deze toch een zeer eigenaardige, in vele opzigten afwijkende van hetgeen in het algemeen tot het bestaan eener overeenkomst wordt gevorderd. Eene overeenkomst, waarbij de minderheid de meerderheid moet volgen, die aan regterlijke bekrachtiging onderworpen is, maar dan ook verbindende niet alleen voor hen die toestemden, maar ook voor hen die door alle middelen die de wet aanbiedt, zich daartegen verzetten, ook voor hen die van het geheele faillissement en dus nog minder van het sluiten van het accoord hebben kennis gedragen.

„Inderdaad bij zulk eene overeenkomst mag men wel zeer voorzigtig zijn vóórdat men de gevolgen daarvan naar de gewone regelen van regt beoordeelt.

„Het aangehaalde arr. van 8 Apr. 1870 erkende reeds het *geheel eigenaardige* van deze overeenkomst, en mr. KARSEBOOM, overeenkomstig wiens conclusie de H.-R. voor de eerste maal het karakter van overeenkomst aan het accoord toekende, liet zich daarover aldus uit: „Al meen ik dat hier te denken is „aan eene overeenkomst, daarom behoeft men nog niet aan „te nemen dat hier eene overeenkomst is geheel overeenkomende „met die in het B.-W. aangeduid of omschreven; er is hier „een *bijzonder contract* door het wetb. van K. toegelaten en „van bijzondere kracht voorzien, inderdaad een eigenaardig „handelsregtelijk instituut."

„Ik geloof dat men bij de beoordeeling van zoodanige overeenkomst de les van PAULUS niet uit het oog mag verliezen: „quod contra rationem juris receptum est, non est producen„dum ad consequentias" (l. 14 D. *de legibus*) en ik ben het volkomen eens met het beklaagde vonnis, dat het dwangaccoord op een utiliteitsgrond in de wet opgenomen, is *strictissimae*

interpretationis en dat het onregtskundig zoude zijn op deze instelling toetepassen de gewone regelen omtrent overeenkomsten, als daar zijn betaling, novatie en kwijtschelding.

»Het accoord is bestemd om een einde te maken aan het faillissement, maar dan moet ook de overeenkomst beperkt blijven tot het faillissement, tot de verhouding tusschen den failliet en zijne schuldeischers. Tusschen hen kan men zeggen, dat er plaats heeft gehad *novatie*, maar het is toch zeker geen vrijwillige *novatie*, maar die geboren is uit den bijzonderen toestand waarin debiteur en crediteuren door het faillissememt geplaatst waren, en die aan de crediteuren, tengevolge der bepaling van a. 848 K., in zekeren zin door de bekrachtiging van den regter is opgelegd. Eene *novatio ex lege* zoo men bezwaar heeft tegen de benaming *novatio necessaria*. Daaruit volgt reeds dat de bepalingen omtrent schuldvernieuwing niet toepasselijk zijn, omdat daarbij uit den aard der zaak alleen te denken is aan een nieuwe schuldverbindtenis met toestemming en vrijen wil van den schuldeischer.

»Aan kwijtschelding is hier nog minder te denken, want dat is eene acte van liberaliteit, een ontslag of remissie vrijwillig gegeven en hier is het niet te doen om den debiteur aangenaam te zijn en hem een voordeel te verleenen, maar om aan de crediteuren zoo weinig mogelijk nadeel te berokkenen.

»Teregt zegt Mr. Kist, *Handelsregt* VI, 170, dat de schuldeischers zich aan het accoord moeten onderwerpen, niet uit zekere vrijgevigheid maar omdat zij niet anders kunnen, omdat het gebleken is dat de schuldenaar niet meer betalen kan, omdat zijne baten niet verder strekken.

»En hiermede is het beroep op de a. die van schuldvernieuwing en kwijtschelding van schuld, in verband met het ontslag en de bevrijding der borgen, spreken, beantwoord.

»Noch het 2e lid van a. 1460, noch het 1e lid van a. 1478 B.-W. kan den borg in het geval van dwangaccoord te stade komen.

„Ook a. 1858 B-W. kan hier niet geschonden of verkeerd toegepast zijn omdat hier ontegenzeggelijk eene wettige hoofdverbindtenis bestaat, namelijk de geldleening waarvoor de borgtogt gegeven is.

„Van de overige a. omtrent borgtogt bij het *middel* aangehaald kan alleen a. 1884 B.-W. in aanmerking komen, maar mist hier toepassing indien het waar is, zooals ik vermeen, dat de overeenkomst moet beperkt blijven tusschen den failliet en de schuldeischers: de failliet heeft dan enkel *voor zich* uit het accoord eene exceptie.

„Een beroep bij het *middel* gedaan op a. 921 K., uit welk a. door sommigen, *argumento a contrario*, is afgeleid, dat het accoord in een faillissement werkt ten voordeele der borgen, is bij pleidooi niet nader aangedrongen en genoegzaam weêrlegd bij de 9ᵉ overw. van het beklaagde vonnis.

„Ik vermeen dus, dat uit geene der aangehaalde wetsbepalingen kan afgeleid worden, dat de regtb. onjuist oordeelde, door den borg verbonden te achten om na een gehomologeerd accoord, wat de schuldeischer te weinig van zijne vordering van den failliet ontvangen heeft, bij te passen.

„Voor dat gevoelen pleit ook nog het voorschrift van a. 199 K., waar bepaald wordt dat de houder van een wisselbrief zijn verhaal verliest op de wisselborgen, indien hij met den hoofdschuldenaar des wissels een vrijwillig accoord aangaat. „*Vrijwillig* accoord kan daar niets anders beteekenen dan buiten„regtelijk accoord. Een accoord in een faillissement brengt „derhalve dat verlies van verhaal niet mede," teekent, m. i. zeer juist, Mr. KIST (*Handelsregt* VI, 170) omtrent deze bepaling aan.

„Een tegenovergesteld gevoelen leidt dan ook tot de grootste onbillijkheid. Borgtogt wordt juist genomen voor het geval dat de hoofdschuldenaar aan zijne verpligtingen zal te kort komen, en nu zou juist in de zoo vaak voorkomende gevallen van faillissement, eindigende met accoord, de borgtogt ijdel zijn.

„Wat de literatuur betreft, zoowel voor als tegen het door mij ontwikkelde gevoelen, verwijs ik naar Mr. DIEPHUIJS, *Ned. B.-R.*, 2ᵉ uitg., VIII, n° 1031, p. 457; en *Handelsregt* III, 306; Mr. ASSER *c. s.* op a. 199 K.; HOLTIUS, *Faillietenregt* p. 339 volg; Mr. KIST, *Handelsregt* VI, 145 volgg.; LAURENT, XXVIII, n° 285, p. 286; MARCADÉ (P. PONT) IX, n° 387; *Regtsgel adviezen* VIII, 93; Mr. THIEME in *Mededeelingen en Opmerkingen* XII, 209; Mr. MOM VISCH in *Themis* 1860, p 569 en 1864 p. 487; Mr. WEVE in *N. Bijdragen* XI, 58; Mr. HINGST in *N. Bijdragen* III (1877), p 465; MR. VAN ROYEN in *N. Bijdragen* V (1879), p. 195; het advies van prof. GOUDSMIT, medegedeeld door prof. FRUIN in *Themis* 1883, p. 216.

„Ik heb de eer te concluderen tot verwerping der voorziening, met veroordeeling van den eischer in de kosten."

ARREST. — De H.-R. d. Ned. — Op het beroep van, enz.;

„O., dat de eischer als *eenig middel* van cassatie heeft aangevoerd: schending of verkeerde toepassing van de a. 1449, 1451, 1460, 1476, 1478, 1857, 1858, 1868, 1876, 1877, 1884, 1885 B.-W. en 835, 841, 847, 848 en 921 K., doordien bij het beklaagde vonnis is aangenomen, dat een schuldeischer, wiens schuldenaar is gefailleerd en een geregtelijk accoord heeft aangeboden, dat door de vereischte meerderheid der schuldeischers is aangenomen en bij regterlijk vonnis is gehomologeerd, daarna, en na de procenten volgens het accoord van den schuldenaar te hebben ontvangen, voor het restant zijn verhaal tegen den borg behoudt;

„O. dat, hoezeer het geregtelijk accoord in hoofdzaak moge zijn eene overeenkomst tusschen de gezamenlijke schuldeischers en den gefailleerden schuldenaar aangegaan, die overeenkomst echter is eene geheel bijzondere, niet geheel vrijwillige, zoodat niet alle gevolgen van de gewone overeenkomst op het geregtelijk accoord kunnen worden toegepast;

„O., dat het gehomologeerde accoord wel tusschen den

gefailleerden schuldenaar en diens schuldeischers, onverschillig of zij al dan niet tot het accoord zijn toegetreden, schuldvernieuwing te weeg brengt, zoodat er eene nieuwe verbindtenis is gesteld in de plaats van de vroeger bestaande, die daardoor vernietigd wordt, maar dat die vernieuwing niet is eene vrijwillige uit vrijgevigheid aangegane, maar eene zoodanige, waaraan de schuldeischer zich heeft moeten onderwerpen, hetzij omdat hem gebleken was dat die schuldenaar niet in staat was meer te betalen en de baten des boedels niet verder strekten, hetzij omdat de meerderheid der overige schuldeischers daartoe was toegetreden;

„O., dat die schuldvernieuwing derhalve alleen werkt tusschen den schuldenaar en den schuldeischer, die aan anderen niets heeft willen kwijtschelden, zoodat de borg zich daarop niet kan beroepen, hetgeen wel het geval zoude zijn, indien de schuldeischer buiten faillissement een vrijwillig accoord met zijnen schuldenaar getroffen mogt hebben, vermits hij alsdan geheel vrijwillig in de vernietiging der oude schuld met al hare accessoiren zoude hebben toegestemd, hetgeen bij het geregtelijk accoord niet het geval is;

„O., dat mitsdien geen der aangehaalde artikelen is geschonden of verkeerd toegepast, en het *middel* derhalve is ongegrond;

„Verwerpt de voorziening in cassatie;

„Veroordeelt den eischer in de kosten, daarop gevallen."

N° 1898. — Arrest van 30 Mei 1884.

(A. 1961 B.-W.; a. 668 B.-W.; a. 769, a. 777 K. j° a° 1470 B.-W.)

Verbiedt a. 1961 *B.-W. den regter, de erkende feiten in het geheel aannemende, daaruit andere gevolgen af te leiden als de partij, van wie de erkenning afkomstig was gedaan had?* — Neen.

Schort, als compensatie het gevolg moet zijn van de

overdragt eener schuldvordering, a. 668 B.-W. hare werking op, totdat aan de daar gestelde vereischten is voldaan? — Ja.

Neemt a. 769 K. den dag van het faillissement als één geheel aan? — Ja.

Kan de debiteur van eene failliete massa, die door cessie eigenaar is geworden van eene schuldvordering tegen den failliet en deze na den aanvang van het faillissement aan den failliet heeft doen beteekenen, zijn debitum *met die vordering compenseeren?* — Neen.

De Proc.-G. Mr. Römer heeft in deze zaak de volgende conclusie genomen;

„De dagvaarding in cassatie, gerigt tegen het arr. door het Geregtshof te Arnhem op 7 Nov. jl. in hooger beroep tusschen deze partijen gewezen, wijst *vier middelen* van cassatie aan. Die *middelen* zijn de herhaling van de vier grieven welke in hooger beroep tegen het vonnis der regtb. te Deventer werden aangevoerd; zij zijn bij het beklaagde arr. en door den geachten raadsman van den verw. m. i. op goede gronden wederlegd, zoodat ik mij tot eene zeer beknopte behandeling der *middelen* zal bepalen.

„Het *eerste middel* luidt: schending of verkeerde toepassing van a. 1961 in verband met de a. 1902, 1903, 1904, 1912 B.-W., door in strijd met de wet te splitsen des eischers bekentenis, en door die ongeoorloofde splitsing te komen tot het bewijs eener ontkende vordering, die door niets was gestaafd.

„In de *vijfde* overw. *quoad jus* beslist het Hof dat in het schrijven van den req. in verband met de overige vermelde feiten ligt opgesloten zijne erkentenis van de geheele tegen hem geldend gemaakte vordering; er is dus regt gedaan op een wettig bewijsmiddel, en daardoor vervalt de beweerde schending van de daarop betrekking hebbende wetsbepalingen.

„En wat nu de beweerde splitsing der bekentenis betreft, zoo beslist het Hof dat de req aan die erkentenis heeft toegevoegd dat die vordering grootendeels door compensatie en wel door eene tegenvordering is te niet gegaan.

»Het bestaan van zoodanige tegenvordering was bij het vonnis *a quo* aangenomen, maar op grond van regtskundige beschouwingen beslist, dat hierdoor geene compensatie wordt teweeggebragt.

»En nu is m. i. bij het arr. teregt overwogen dat dit niet is eene splitsing der bekentenis. Indien het toch aan den regter vrijstaat te onderzoeken of de daadzaak aan de erkentenis toegevoegd waarheid bevat, is hij zeker geroepen om te beoordeelen of het toegevoegde feit het regtsgevolg heeft, hetwelk de gedaagde er aan wil toekennen, b. v. of eene beweerde en niet tegengesproken *betaling* regtens de bevrijding van den schuldenaar bewerkt.

»Het *tweede middel* luidt: schending of verkeerde toepassing van de a. 668, 1461 en 1465 B.-W. door de compensatie afhankelijk te stellen van den *datum* der *beteekening* van de acte van cessie aan den debiteur.

»Het Hof overweegt uitdrukkelijk in de 9e overw., dat de eigendom eener schuldvordering door de acte van overdragt van den cedent op den cessionaris overgaat; die beslissing steunt op de a. 1461 en 1462 B.W. welke daarbij juist zijn toegepast. Wat de schending van a. 668 *ibid.* betreft, overweegt het Hof dat de regtsbetrekking tusschen den debiteur en den cessionaris eerst ontstaat op het oogenblik van de *beteekening* der overdragt of van de schriftelijke *aanneming* of *erkenning* van den debiteur; zoodat ook de compensatie der beide schulden eerst op dat oogenblik kan bestaan.

»Die beslissing is overeenkomstig de woorden van het a., hetwelk wel de eigendomsoverdragt der schuldvordering door de levering doet geschieden, maar aan die overdragt ten opzigte van den schuldenaar geen gevolg toekent dan van het oogenblik der beteekening aan of de aanneming of erkenning door den schuldenaar. Bij het arr. van 25 Jan. 1858 (*N. Rspr.* LIX; 324; v. d. Hon., *B.-R.* XXII, 359), drukt de H.-R. het aldus uit, dat van het oogenblik der beteekening

van de overdragt aan den schuldenaar, deze wordt de schuldenaar van den beteekenaar, en alzoo verpligt hem als schuldeischer te erkennen. Tot op de beteekening, aanneming of erkenning door den debiteur, blijft de cessie eene *res inter alios*; ook van dat oogenblik kan er slechts eene wederzijdsche schuld bestaan die door compensatie geheel of gedeeltelijk wordt vernietigd.

„Als *derde middel* is voorgesteld: schending of verkeerde toepassing van a. 769 K. in verband met de a. 668, 1461, 1462, 1902, 1932 B.-W. en voor zooveel noodig a. 4 A.-B. enz., omdat in allen gevalle de beteekening der cessie was geschied vóór den aanvang van het faillissement, al zou, des neen, het bestaan van faillissementstoestand, de compensatie verhinderen.

„A. 4 A.-B. mist ten deze alle toepassing omdat er geen sprake is van terugwerkende kracht eener wet.

„En het arr. overweegt m. i. teregt, en overeenkomstig het arr. van den H.-R. dd. 24 Junij 1880 (*N. Rspr.* CXXV, 184; v. d. Hon., *B.-R.*, XLV, 282), dat volgens a. 769 K. het faillissement aanvangt op den dag en niet op het juiste oogenblik. der inlevering van het verzoekschrift ter griffie. De overige a. van het B.-W. komen er bij deze grief tegen het arr. niet in aanmerking; evenmin als bij de bewering, dat de staat van faillissement de compensatie niet zou verhinderen, waaromtrent bij deze grief bij het beklaagde arr. evenmin iets is beslist.

„Eindelijk luidt het *vierde middel:* schending of verkeerde toepassing der a. 668, 1461, 1462, 1377 B.-W. en a. 777 K., omdat handelingen, waaromtrent beweerd wordt dat zij inbreuk maken op de *par conditio creditorum* slechts kunnen worden nietig verklaard op de wijze bij de wet bepaald, en zoolang die nietig-verklaring niet is gevraagd, hetwelk *in casu* niet is geschied, dezelve effect behooren te sorteeren, en zeker niet mogen worden terzijde gesteld door redeneringen en beschouwingen van minstens zeer betwistbare juistheid en toepassing.

„In de 13ᵉ overw. *quoad jus* beslist het Hof *in substantie* dat de debiteur van de failliete massa, die door cessie eigenaar is geworden van eene schuldvordering tegen den failliet, en deze na den aanvang van het faillissement, aan den failliet heeft doen beteekenen, zijn *debitum* met die vordering niet kan compenseren, omdat dat *debitum*, hetwelk eene bate is van de massa, daardoor in het nadeel der overige crediteuren ten volle zou zijn gekweten.

„Die beslissing is m. i. juist; de compensatie is eene betaling, en deze kan na de failliet-verklaring niet meer geschieden, en teregt is door den geachten raadsman des verwᵉ nog opgemerkt, dat bij een gelegd beslag, de compensatie bij a. 1470 B.-W. uitdrukkelijk is uitgesloten, omdat daardoor de regten van een derde zouden worden benadeeld. Bij het faillissement wordt een algemeen beslag op den boedel gelegd.

„Maar hoe dit ook zij, bij het slot van het *middel* wordt geklaagd over redeneringen en beschouwingen, welker juistheid minstens betwistbaar is; maar de eischer is m. i. in gebreke gebleven om aan te wijzen in welk opzigt de aangehaalde wetsbepalingen geschonden of verkeerd toegepast zijn. De beide wetsbepalingen, waarop het *middel* hoofdzakelijk steunt, nl. a. 777 K. en a. 1377 B. W., missen ten deze alle toepassing, omdat er niet is beweerd, dat de cessie der schuldvordering heeft plaats gehad ter *bedriegelijke* verkorting van de regten der schuldeischers op den faillieten boedel, terwijl de a. 668, 1461 en 1462 B.-W. reeds bij het *derde middel* een punt van onderzoek hebben uitgemaakt.

„Geen der *middelen* kan m. i. leiden tot vernietiging van het arr. en ik heb de eer te concluderen tot verwerping der voorziening en veroordeeling van den eischer in de kosten, in cassatie gevallen."

ARREST. — De H.-R. d. Ned. — Op het beroep van, enz.;

„O, dat als *eerste middel* van cassatie is voorgesteld:

schending of verkeerde toepassing van a. 1961, in verband met de a. 1902, 1903, 1904, 1912 B.-W., door in strijd met de wet te splitsen des eischers bekentenis en door die ongeoorloofde splitsing te komen tot het bewijs eener ontkende vordering, die door niets was gestaafd;

„O. daaromtrent, dat 's Hofs beslissing, waartegen dit en de overige *cassatie-middelen* gerigt zijn, in hoofdzaak hierop nederkomt, dat de eischer, die erkent aan den op 6 Junij 1882 in staat van faillissement verklaarden W. F. L. Jr. schuldig te zijn eene som van *f* 1008.33½, niet bevoegd is daartegen in compensatie te brengen eene hem op 5 Junij bevorens door de heeren St. Sch. en Br. gecedeerde vordering ten laste van denzelfden L., ten bedrage van *f* 980.25½, welke cessie den schuldenaar op 6 Junij beteekend is, en zulks niettegenstaande de eischer het bewijs had aangeboden, dat de beteekening heeft plaats gehad des voormiddags te kwart vóór 12 ure, terwijl de aangifte van het faillissement eerst zou zijn geschied in den namiddag van gezegden dag;

„O., dat het Hof, door de bekentenis des eischers aan te nemen als bewijsmiddel voor de vordering des verw^e^., die bekentenis niet heeft gesplitst;

„dat toch van de daadzaken, waarover zij liep, niet ééne is ter zijde gesteld, maar enkel het regtsgevolg hetwelk de eischer daaruit trok, te weten: dat onder de gegeven omstandigheden compensatie behoorde te worden aangenomen, verworpen is;

„dat eene bekentenis niet loopt over regtsbeschouwingen, maar over feiten; en a. 1961 B.-W. den regter niet verbiedt, de erkende feiten in hun geheel aannemende, daaruit andere gevolgen af te leiden dan de partij gedaan had van wie de erkenning afkomstig was;

„dat het *eerste middel* mitsdien is ongegrond;

„O., dat als *tweede middel* van cassatie voorgesteld is: schending of verkeerde toepassing van de a. 568, 1461,

1462 B.-W., door de compensatie in deze afhankelijk te stellen van den datum der beteekening van de acte van cessie aan den debiteur;

„O. daaromtrent, dat a. 668 B.-W. niet alleen voorschrijft, gelijk de eischer het wil doen voorkomen, dat de debiteur, zoolang hem de cessie niet wordt beteekend of hij die aangenomen heeft, veilig aan zijnen vroegeren crediteur betalen kan, maar in het algemeen, dat de overdragt ten zijnen aanzien geen gevolg heeft;

„dat deze woorden zoo ruim mogelijk zijn, en bepaaldelijk compensatie vóór het oogenblik der beteekening of aanneming niet kan worden aangenomen, omdat deze eene werking zoude zijn, die de cessie niet tusschen den cedent en den cessionaris, maar tusschen hen beiden en den debiteur zoude uitoefenen;

„dat hiertegen door den eischer is aangevoerd, dat volgens a. 1462 de compensatie op het oogenblik der cessie *ipso jure* en zelfs buiten weten van den debiteur tot stand zou komen, — doch zulks onjuist is, omdat dit a. wel voor de compensatie zelve geene mededeeling aan of medewerking van den debiteur verlangt, maar zulks niet belet, dat, als de compensatie het gevolg moet zijn van de overdragt eener schuldvordering op naam, a. 668 hare werking opschort totdat aan de daar gestelde vereischten voldaan is;

„dat ook het *tweede middel* mitsdien is ongegrond;

„O., dat als *derde middel* van cassatie voorgesteld is: schending of verkeerde toepassing van a. 769 K. in verband met de a. 668, 1461, 1462, 1902, 1932 B.-W en voor zooveel noodig a. 4 A.-B., op grond dat in allen gevalle de beteekening der cessie geschied was vóór den aanvang van het faillissement;

„O. daaromtrent, dat volgens het aangehaalde a. 769 het faillissement aanvangt op den dag der aangifte, waarmede overeenstemt het voorschrift van het tweede lid, dat die dag

bij het vonnis van faillietverklaring vermeld wordt zonder dat bij eene dezer bepalingen van onderdeelen van den dag sprake is, gelijk noodig zou zijn geweest, indien de wetgever den aanvang van den faillissementstoestand van uren afhankelijk had willen stellen;

„dat het Hof met het oog op deze duidelijke bepaling derhalve teregt heeft aangenomen, dat de failliete toestand van L. bestaan heeft gedurende den ganschen dag van 6 Junij en dus ook reeds bestond toen hem de overdragt der schuldvordering werd beteekend;

„dat hierdoor wel, gelijk de eischer aanvoert, de aangifte van het faillissement eene retroactieve werking van enkele uren uitoefent, maar zulks niet in strijd is met de bepalingen der wet, en veeleer noodwendig voortvloeit uit de woorden van a. 769, die den dag als één geheel nemen;

„dat ook het *derde middel* mitsdien is ongegrond;

„O., dat als *vierde middel* van cassatie voorgesteld is: schending of verkeerde toepassing der a. 668, 1461, 1462, 1376, 1377 B.-W., a. 777 K., omdat handelingen, waaromtrent beweerd wordt, dat zij inbreuk zouden maken op de „*par conditio creditorum*", slechts kunnen worden nietig verklaard op de wijze bij de wet bepaald, en, zoolang die nietigverklaring niet gevraagd is, hetgeen *in casu* niet is geschied, effect behooren te sorteren;

„O. daaromtrent, dat ten deze geene sprake is van de vernietiging eener cessie, die ter bedriegelijke verkorting van de regten der schuldeischers zou hebben plaats gehad, maar alleen de vraag te beantwoorden viel, of zij, na den aanvang van het faillissement beteekend zijnde, de kracht had om eene aan den boedel toebehoorende vordering door compensatie te doen te niet gaan;

„dat volgens a. 1470 B.-W. vergelijking geene plaats heeft ten nadeele der verkregen regten van derden; en het in strijd zou zijn met de aanspraken welke de gezamenlijke

crediteuren verkregen hebben op alle baten die bij den aanvang van het faillissement tot den boedel behoorden, indien het mogelijk ware daarna nog door compensatie ten behoeve van eenen enkelen crediteur eene vordering des boedels voor de overige crediteuren te doen verloren gaan;

„dat ook het *vierde middel* mitsdien is ongegrond:

„Verwerpt het ingestelde beroep in cassatie;

„Veroordeelt den eischer in de kosten."

N° 1899. — Arrest van 6 Junij 1884.

(A. 406 B.-R.)

Kan op eene bewering, voor het eerst in cassatie voorgedragen, acht worden geslagen? — Neen.

Namens den Proc.-G. heeft Adv.-G. Smits in deze zaak geconcludeerd tot verwerping van het beroep, met verooordeeling van den eischer in de kosten.

ARREST. — De H.-R. d. Ned. — Op het beroep van, enz.;

„O., dat als *eenig middel* van cassatie is voorgesteld: schending of verkeerde toepassing van de a. 305, 732, 734, in verband met a. 310 B.-R., doordien de regtb. het conservatoir beslag op de roerende goederen van den nu eischer heeft van waarde verklaard, niettegenstaande dit beslag ten onregte was toegestaan, wijl de nu verw. in zijn verzoekschrift niet had aangetoond, dat er *gegronde* vrees *bestond* wegens verduistering der roerende goederen van den nu eischer en zelfs geen enkel feit had gesteld, waaruit van die verduistering of van het voornemen daartoe zou hebben kunnen blijken;

„O. daaromtrent, dat, blijkens het bestreden vonnis, de nu eischer, vroeger gedaagde, op de tegen hem ingestelde vordering tot betaling eener som van *f* 373.17 per resto wegens verkochte en geleverde goederen en tot van waardeverklaring van een gelegd conservatoir arrest, *cum expensis*,

niet heeft geantwoord, en dat de regtb, oordeelende dat de vordering, welke niet was betwist, op de wet was gegrond, deze heeft toegewezen;

„O., dat derhalve de bij het *middel* gevoerde bewering voor het eerst in cassatie wordt voorgedragen, en dat daarop dientengevolge geen acht kan worden geslagen, terwijl ook door de toewijzing der niet betwiste vordering geen der bij het *middel* aangehaalde a. is geschonden:

„Verwerpt het beroep;

„Veroordeelt den eischer in de kosten, daarop gevallen.

N° 1900. — Arrest van 13 Junij 1884.

KOLONIAAL APPEL.

(A. 1917 Indisch B.-W. = 1954 Ned. B.-W.)

Mag wanneer den eischer is ontzegd eene vordering tot betaling van overliggelden, die hij beweert dat hem verschuldigd waren wegens bepaalde dagen in 1876, *de exceptie van gewijsde zaak hem worden tegengeworpen, wanneer hij bij nieuwe vordering vraagt overliggelden, verschuldigd wegens andere dagen in* 1876 *en* 1877*?* — NEEN.

Moet de regter, bij het onderzoek naar de vereischten van gewijsde zaak, wel degelijk op het onderscheid tusschen dezelfde zaak *en* dezelfde oorzaak *acht slaan?* — JA.

De Ned.-Indische Stoomvaartmaatschappij (vertegenwoordigd door mr. J. VAN DER JAGT, procureur bij den H.-R.) is app° van een arr. van het Hoog Geregtshof van N.-Indië, gewezen in na te melden geding, gerezen tusschen haar en de Regering, van N.-Indië, geïntimeerde, (vertegenwoordigd door mr. C. J. FRANÇOIS, procureur).

Door de app° zijn bij verzoekschrift aan den H.-R. de feiten en procedures volgenderwijze uiteengezet:

„De app° was in 1863 aannemer geworden van de Regering van eene geregelde stoompakketvaart in den Indischen Archipel,

gedurende 10 jaren, loopende van 1866—75 en voor de pakketdiensten in a. 1 van het destijds gesloten contract opgenoemd.

„De dienst op Atjeh kwam daaronder niet voor.

„Die dienst werd in 1874 in het leven geroepen bij afzonderlijk contract tusschen de Regering en de app^{e}. Zulks blijkt uit de Resolutie van den Gouv.-Gen. van 24 Mei 1874, n° 5. Daarbij werd de dienst ingesteld als proef gedurende het loopende jaar 1874 en voorts bepaald: vooreerst, dat boven het gewone subsidie van *f* 6.97 per geographische mijl, zou worden genoten een subsidie van *f* 2000.— 's maands en in de tweede plaats een liggeld van *f* 1200 — voor elken dag, dien de Regeering de schepen der app^{e} te *Atjeh* langer zou ophouden dan tweemaal 24 uren. En bij besluit van 2 Oct. 1874, n° 3, werd met onderling goedvinden de dienst ook voor het jaar 1875 gecontinueerd, zonder de verhoogde subsidie, doch met handhaving van het liggeld.

„Intusschen was de app^{e} in 1873 op nieuw aannemer van Regeringswege geworden van de Indische pakketvaart voor het tijdvak 1876—1890 en zulks voor de elf diensten in a. 2 van het contract opgesomd. Ook daar was de Atjeh-dienst niet onder opgenomen. Bij besluit van 25 Dec. 1875, n° 5, werd de M^{ij} aangeschreven de Atjeh-dienst, die bij dat besluit werd uitgebreid, te bestendigen. Naar de Regering later beweerde (dagvaarding van 26 Julij 1877), gaf dit besluit toepassing aan a. 3 van het met Jan. 1876 in werking tredende contract, waarbij was bepaald dat, mogten vóór 1876 andere diensten in het leven zijn geroepen, de M^{ij} verpligt zou zijn die diensten mede te bewerkstelligen tegen vermeerdering van het subsidie, te berekenen naar de bedongen som per geographische mijl. Vreemd genoeg, in die onderstelling werd a. 3 van dat contract als ware het met opzet, juist in het besluit nergens genoemd. De M^{ij} nam de zaak dan ook niet op als verpligting, doch verklaarde zich bereid onder een

tweetal reserves. Doch wat daarvan zij, zooveel is zeker, dat Regering en Mij beiden begrepen, althans door hunne handelingen toonden te begrijpen, dat de voort te zetten Atjeh-dienst was de dienst, zooals die tusschen partijen contractueel was in het leven geroepen in 1874, dat wil zeggen: de dienst met een maximum van toegelaten oponthoud voor de Regering van tweemaal 24 uren en met verpligte vergoeding van *f* 1200 per overligdag.

„De Mij diende geregeld hare declaratiën in wegens de ondervonden overligdagen, en het Gouvernement betaalde.

„Op 1 Mei 1877 echter schreef de Regering aan de Mij het verrassend berigt, dat het nooit had gelegen in hare bedoeling te doen wat zij nagenoeg een geheel jaar lang had gedaan, te weten het betalen van overliggeld wegens oponthoud te Atjeh.

„En den 26n Julij 1877 stelde de Regering tegen de Mij een *condictio indebiti* in voor het over 1876 uitbetaalde bedrag van *f* 181.760. De Regering voerde daarbij het regtsbeweren, dat de betaling was een *indebitum*, omdat aan a. 9 in fine van het paket-vaart-contract 1876—1890 de Regering de onbeperkte bevoegdheid zou ontleenen de schepen der Mij op te houden zonder vergoeding en omdat het daar gemaakt beding ook toepasselijk zou zijn op de Atjeh-dienst, niettegenstaande die dienst noch in a. 9, noch elders in het contract werd genoemd.

„De Raad van Justitie wees de vordering af, doch de Regering won haar proces in appel bij het Hof, en daarmede was over de *condictio indebiti* onherroepelijk beslist.

„Voor de Mij intusschen strekte het finantieel belang bij de gansche quaestie zich verre uit buiten de toegewezen *condictio indibiti*, want het contract had nog tot 1890 te loopen, en oponthoud te Atjeh greep feitelijk regelmatig plaats. De Mij wenschte daarom eene beslissing van den H.-R. der Ned. op de quaestie en dagvaardde mitsdien 21 Aug. 1882 de Regering in eerste

instantie voor het Hof, voor zoodanig op nieuw verschuldigd geworden, doch onbetaald bedrag aan overligdagen, dat hooger beroep op den H.-R. mogelijk maakte.

„Haar eisch werd echter begroet met een exceptie van gewijsde zaak, die door het Hof werd aangenomen bij het arr., tegen hetwelk is gerigt het appel, en tegen hetwelk worden aangevoerd de volgende *grieven:*

„Het wordt in de 3e overw. *in jure* door het Hof opgemerkt, dat ter beslissing van den ingestelden eisch dezelfde juridieke vraag moet worden gesteld, die de regter zich in het vorige geding eveneens had gesteld en in het nadeel der Mij had beantwoord. Die opmerking is juist, want de *condictio indebiti* is toegewezen omdat de regter van oordeel was dat het contract gratis oponthoud toeliet en de tegenwoordige eisch tot betaling van overligdagen kan niet toegewezen worden, indien inderdaad de contractueele verhouding tusschen partijen zulke vergoeding uitsluit.

„Doch hoe juist feitelijk 's Hofs opmerking ook zij, juridiek is niettemin de gevolgtrekking onjuist, dat daarom alleen de vorige beslissing aan de tegenwoordige actie in den weg zou staan als *res judicata.*

„Want wel is het ter inroeping van de *exceptio rei judicatae* één der vereischten, dat dezelfde regtsvraag zich voordoet, maar omgekeerd is het volstrekt niet waar, dat waar slechts een zelfde regtsquaestie zich ter beslissing voordoet, er daarom reeds plaats is voor de *exceptio rei judicatae.*

„Niet alle regtsbeschouwingen, waarop de regter zijne eindbeslissing grondt, gaan tusschen partijen in kracht van gewijsde.

„Wat ook *de jure constituendo* de juiste moge zijn, te kiezen tusschen de onderscheidene, de eene verder, de andere minder ver strekkende, allen elkander bestrijdende en de meesten veel te raden overlatende theoriën omtrent de regtskracht der gronden, ons regt kent alleen de regtskracht van het dispositief.

„Het gezag van een gewijsde strekt zich niet verder uit „dan het onderwerp van het vonnis." Zoo zegt onze wet, en dat is zoo gebiedend mogelijk.

„Het onderwerp van het vonnis nu is het concrete geval, dat de regter beslist heeft. Daarbuiten strekt zich de kracht van zijn beslissing niet uit, hoe vele en hoe gewaardeerde leidende beschouwingen aan die beslissing, uitgedrukt of stilzwijgend mogen ten grondslag liggen.

„Want evenmin als de uitgedrukte gronden gaan naar ons regt in kracht van gewijsde de zoogenaamde noodzakelijke gevolgen, dat wil zeggen die gevolgen, die bij juiste redenering uit de beslissing zouden mogen worden afgeleid.

„Wie bij ons den eisch tot betaling van een rente-termijn tegenspreekt op grond van onverschuldigdheid van het kapitaal, doch veroordeeld wordt, is regtens vrij om een volgenden termijn te betwisten op denzelfden grond.

„Hij die de verschuldigdheid van een huurtermijn te vergeefs tegenspreekt met een beroep op het ongeldige van het huurcontract, kan bij een volgenden termijn op denzelfden grond zijn proces winnen.

„Omgekeerd zou hij, die in een *condictio indebiti* van een huurtermijn ware geslaagd, omdat hij regtens de nietigheid van het contract had aangetoond, later tot betaling van een volgenden termijn kunnen worden veroordeeld, indien dan, 's regters oordeel omtrent het contract ware gewijzigd. En zulks omdat in kracht van gewijsde alleen ware gegaan de beslissing, dat de vorige termijn *indebite* was betaald, niet ook tevens de regtskundige reden waarom.

„Die beslissing, *dat* het teruggeëischte onverschuldigd was betaald, is de beslissing op het concrete geval dat voor den regter was gebragt. Die beslissing, men noeme haar element of naasten beslissing-grond, vormt, omdat zij zich tot het concrete geval bepaalt, te zamen met hare sanctie, de veroordeeling tot betaling of teruggave, het dispositief, en dat

dispositief, doch anders niets, gaat in kracht van gewijsde.

»De tweede alinea van a. 1917 B.-W. somt de vereischten op zonder welke geen *res judicata* kan worden gepleit. Stond die alinea alleen en op zich zelve, de uitlegger, voorstander, als het Hof, der 2e theorie van de regtskracht der gronden, kon het door een ruimer opvatting van het begrip: »oorzaak »van den eisch", en vooral van het begrip: »zaak die ge»vorderd wordt" een heel eind sturen ter regtvaardiging zijner theorie. Doch de eerste alinea van het a. staat verbiedend in den weg. Hoe men de tweede alinea ook uitbreidend zou willen uitleggen, nooit mag of kan het gevolg zijn, dat de regtskracht verder reike dan het onderwerp van het vonnis.

»Het is ook niet regtskundig juist te zeggen, dat de gronden of motieven een integrerend deel van het vonnis uitmaken. Veeleer zijn zij de redenen, die het vonnis omkleeden, en naar ons regt, moeten omkleeden, en is het eigenlijke vonnis beperkt tot hetgeen wij noemen het dictum of dispositief. Doch ook al vormden zij een integrerend deel van het vonnis, zij gingen daarom nog niet in kracht van gewijsde, want die kracht reikt niet verder dan het onderwerp van het vonnis, dat is, het concrete geval dat de regter uitwees.

»Dat »onderwerp" was, in de bovenaangehaalde voorbeelden, de bepaalde rente of huurtermijn, de bepaalde praestatie die vroeger gevorderd of teruggeëischt werd. Latere of andere termijnen vormen een ander onderwerp en worden dus door de vroegere beslissing regtens niet gepraejudicieerd.

»Zoo ook *in casu*. Onderwerp van het vorige arr. vormde niet in het algemeen de verschuldigdheid of onverschuldigdheid van overligdagen, betaald of niet betaald, volgens het contract, maar uitsluitend de terugvordering van overligdagen van *f* 131,760, betaald over de tien eerste maanden van 1876. Alle latere of andere overligdagen vormen een ander onderwerp.

„In kracht van gewijsde is gegaan de beslissing, dat de overligdagen over 1876, *indebite* zijn betaald. Die overligdagen zouden dus nooit meer geeischt kunnen worden, want het vorige arr. zou den eischer in den weg staan, ongeacht hij vroeger gedaagde ware en niettegenstaande de juridieke naam van de toenmalige actie eene andere was.

„Maar de in het arr. voorkomende regtsbeschouwingen omtrent a. 8 en a. 9 van het contract, de motieven of gronden, die het Hof tot aanneming van het *indebitum* hebben geleid, gaan naar ons regt evenmin in kracht van gewijsde, als de regtsbeschouwingen omtrent de verschuldigdheid van het kapitaal bij de toe- of afwijzing van een rente-eisch.

„Het was dus s. r. eene dwaling van het Hof in de tweede overw. te stellen, dat de beide gedingen beheerscht worden door hetzelfde onderwerp, namelijk vergoeding van overligdagen. Eene dwaling, daaruit voortkomende, dat het Hof ter wille der theorie, van de regtskracht der gronden, het begrip: „zaak" in a. 1917, al. 2, uitbreidend uitlegt, en voorbijziet, dat al. 1 van het a. de *res judicata* bindt aan het concrete geval.

„Is het Hof in Indië bij het aangevallen arr. getrouw gebleven aan zijn vroegere jurisprudentie, van welke het bekend is dat zij de ruimere opvatting van het *res judicata* huldigt, de app° stelt met vertrouwen haar vordering onder de hoede van het arr. van den H.-R. van 8 Dec. 1876 (*N.-Rspr.* CXIV, 270; v. D. HON., *B.-R.*, XLI, 459), waar zoo scherp mogelijk de kracht van gewijsde wordt beperkt tot het dispositief op het concrete geval.

„Op deze gronden, nader te ontwikkelen bij pleidooi, wordt door de app° geconcludeerd tot vernietiging van het beroepen arr., afwijzing der *exceptio rei judicatae* en terugwijzing der zaak naar het Hof om verder te worden behandeld en beslist."

Deze door de app° ingediende memorie van grieven

werd door de gedaagde voor zooveel noodig beantwoord als volgt:

„Partijen hebben eene overeenkomst gesloten over stoompakketdienst in den Indischen Archipel, over het tijdvak van 1866 tot ultimo December 1875. Deze is gesloten in 1868 en daarin kwam natuurlijkerwijze niets voor van vaart op Atjeh.

„Die vaart was eene geheel nieuwe lijn en viel derhalve niet in a. 2, al. 3, der overeenkomst, dat eene bevoegdheid aan de Regering gaf tot uitbreiding der daarbij in werking gebragte lijnen.

„Volgens besluit van 24 Mei 1874, n° 5, zou over 1874 als proef eene lijn op Atjeh in 't leven worden geroepen, behalve den gewonen prijs per mijl, werd toegekend een subsidie van *f* 2000 's maands, en voor elken dag dien eene boot meer dan twee etmalen te Atjeh zou worden opgehouden *f* 1200.—

„Bij besluit van 2 Oct. 1874, n° 3, werd deze regeling voor 1875 bevestigd, maar tevens bepaald, dat de aannemer de subsidie van *f* 2000 's maands niet meer zou genieten.

„Intusschen had de N.-Indische Stoomvaartmaatsch[ij] in Dec. 1873 op nieuw de stoompakketvaart-dienst gepacht voor de 15 jaren, loopende van 1 Jan. 1876 tot 31 Dec. 1890. — Bij het daarvoor gesloten contract schrijven al. 1 en 4 van a. 3 voor, dat nieuwe diensten na de publicering der voorwaarden, doch vóór 1 Jan. 1876 in het leven geroepen, of bij uitbreiding der in die voorwaarden van Dec. 1873 vermelde lijnen, die nieuwe of uitgebreide lijnen door de Stoomvaartmaatschappij te bewerkstelligen tegen vermeerdering van subsidie, naar gelang der meerdere lijnen, die zullen moeten doorloopen worden.

„De Atjeh-diensten, als vóór 1876 in het leven geroepen, worden dus sedert dat tijdstip door het toen in werking nieuwe contract beheerscht. De in 1874 getroffen afzonderlijke regeling, welke destijds noodig was omdat het oude

contract geene bepalingen inhield betreffende het creëeren van nieuwe diensten, is mitsdien met nieuwjaar 1876 vervallen.

"In overeenstemming daarmede is dan ook bij besluit van 25 Dec. 1875, n°. 5, nader aangevuld bij dat van 4 Jan 1876, n° 20, bepaald, dat er met ingang van 1 Jan. 1876 eene wekelijksche vaart van Batavia naar Atjeh zou geopend worden, beurtelings langs Sumatra's West- en Oost-kust.

"Daar de nieuwe overeenkomst van schadevergoeding aan de app^e voor verlenging van oponthoud van regeringswege op de plaatsen, volgens het contract bevaren, blijkens a. 9, al. ult., niets weten wil, is daarmede natuurlijk de vraag of de app^e regt heeft op overligdagen voor zoodanige vertraging ontkennend beantwoord.

"Intusschen was de app^e in 1876 voortgegaan met het indienen van rekeningen wegens overligdagen en was over dat jaar, bij ambtelijke vergissing voor zoogezegde overligdagen uitgekeerd eene som van *f* 131,760.

"Zoodra de Regering van Ned.-Indië tot het besef dier vergissing harer ambtenaren kwam, heeft zij eene *condictio indebiti* ingesteld tegen de nu app^e bij dagvaarding van 26 Julij 1877.

"Die eisch werd door den Raad van Justitie te Batavia ontzegd, op grond dat de Regering in gebreke zou zijn gebleven het *indebitum* te bewijzen. Van dat vonnis op 28 Junij 1878 gewezen, deed de Regering van Ned.-Indië beroep aan het Hooggeregtshof van Ned.-Indië, en werd bij arr. van 13 Mei 1880 in het gelijk gesteld, zoodat de toen geïntim^e, nu app^e, veroordeeld werd tot terugbetaling der onverschuldigd ontvangen som van *f* 131,760, met interessen sedert den dag der dagvaarding en in de kosten.

"Van deze in het hoogste ressort gegeven beslissing poogde de Ned.-Ind. Stoomvaartmaatschappij nadere voorziening gangbaar te maken. Daartoe werd de Regeering van Ned.-Indië bij exploit van 21 Aug. 1882 gedagvaard voor

het Hoog Geregtshof van Ned.-Indië tot betaling van *f* 46.800 wegens 39 overligdagen gedurende de maanden Nov. en Dec. 1876 en Jan. en Feb. 1877 naar de rede van *f* 1200 per dag, en zulks op grond dat de vergoeding wegens ligdagen door het nieuwe contract niet zoude zijn vervallen.

„Deze actie werd bejegend met de exceptie van gewijsde zaak onder overlegging van het dossier van het vorige geding.

„Bij arr. van 4 Jan. 1883 wees het Hooggeregtshof van Ned.-Indië deze exceptie toe, de eischeres mitsdien niet ontvankelijk verklarende en haar veroordeelende in de kosten.

„Van dit arr. is de oorspronkelijke eischeres gekomen in appel aan den H.-R. bij exploit van 19 Mrt. 1883.

„In appel wordt dit arr. en de daarbij toegewezen exceptie van gewijsde zaak betreden met eene uiteenzetting van de leer, die naar het oordeel van app[e] ten aanzien van dat regtspunt de ware is. App[e] beweert, dat er in strijd met de beperking van al. 1 van a. 1917 Ind.-B.-W. omtrent het gezag van gewijsde zaak, aan het begrip „zaak" in de tweede al., eene uitbreidende uitlegging is gegeven en voorbijgezien, dat alleen het dispositief of dictum van het vonnis tusschen partijen in kracht van gewijsde gaat, maar geenszins ook de gronden en motieven die tot dat dictum voerden, zelfs al vormen zij een integrerend deel van het vonnis, tot eene *res judicata* worden.

„Van app[es] redenering, alvorens tot bestrijding over te gaan, wil geïntimeerde voorop stellen, dat door app[e] blijkbaar niet meer wordt ontkend, dat de vereischte van zelfde oorzaak en identiteit van personen, welke voor de exceptie *rei judicatae* gevorderd worden, aanwezig zijn en het geschil alleen nog loopt over de identiteit der zaak, welke gevorderd wordt.

„Te regt heeft echter naar geïnt[es] oordeel het Hoog Geregtshof van N.-Indië overwogen, dat de overw[n] van een vonnis, welke het *dictum* motiveren, daarmede in onafschei-

delijk verband staan. Zonder die overw^n^ en motieven toch zou een *dictum* slechts hoogst zelden aanleiding kunnen geven tot de *exceptio rei judicatae* en wel alleen dan, wanneer juist dezelfde som gelds of dezelfde praestatie bevolen en op nieuw gevraagd wordt, daar het *dictum* toch gewoonlijk niets meer dan zulk eene veroordeeling inhoudt. Men moet dan ook wel degelijk bij de beoordeeling of dezelfde zaak het onderwerp van het vonnis is, letten op de tot het *dictum* geleid hebbende gronden, overw^n^ en motieven, en vooral niet voorbijzien of niet ter beslissing van den nieuwen eisch dezelfde regtsvraag, die bij de vorige decisie te beantwoorden viel, ook nu opgelost moet worden.

„In het onderhavige geval kan het dan ook niet betwijfeld worden, dat hoewel de geeischt wordende som in beide instantiën verschilt, beide gedingen door hetzelfde onderwerp beheerscht worden, nl. door de vraag van vergoeding voor overligdagen van de stoomschepen der app^e^ te Atjeh.

„De omstandigheid, dat thans sprake is van overligdagen posterieur aan die van het vorige geding, kan wijl beiden binnen denzelfden contractstijd vallen, daarin geen verandering brengen.

„Het Hoog-Geregtshof van N.-Indië heeft dan ook s. r. aan het woord „zaak" van al. 2 in a. 1917 Ind. B.-W. in verband met de eerste al. van dat a. de juiste beteekenis toegekend, — door naast het *dictum* van het arr. ook acht te geven op de daarmede onafscheidelijk verbonden regtsgronden, — en daaraan de in het eerste arr. voorkomende beschouwingen omtrent a. 3 en 9 van het contract, die tot de aanneming van het *indebitum* geleid hebben, de kracht van gewijsde zaak toe te kennen.

„Daarom gaan dan ook naar geïnt^s^ bescheiden oordeel de door app^e^ gestelde voorbeelden niet op, want daar wordt door hem evenzeer de invloed der regtsgronden die bijv. den regter zouden voeren tot ontzegging van een eisch tot betaling

van een rente-termijn op grond van onverschuldigdheid van het kapitaal ontkend.

„En dat, door bij het onderzoek of dezelfde zaak gevorderd wordt, tot het onderwerp van het vonnis ook te brengen de tot het *dictum* geleid hebbende regtsgronden, aan het duidelijk bevel van a. 1917 zoude worden te kort gedaan, kan geïnt^e^ niet inzien en laat het oordeel daarover dan ook met volle gerustheid aan den H.-R. over.

„Ten slotte wenscht geïnt. nog een enkel woord in het midden te brengen naar aanleiding van het door app^t^ aangehaalde arr. van den H.-R. van 8 Dec. 1876 (v. D. HON., *B.-R.* XLI, 459), welks toepasselijkheid ten deze zij moet ontkennen. Daar werd toch gevorderd de rente over een zeker tijdvak en werd de geldigheid der hoofdschuld slechts in betrekking tot die vordering en niet voor het vervolg uitgemaakt: eene geheel andere beslissing als *in casu* bij het arr. van het Hoog Geregtshof in N.-Indië dd. 13 Mei 1883 plaats greep, waar de regter uitdrukkelijk de verpligting tot elke vergoeding wegens ligdagen ontkende en op grond daarvan ook het *indebitum* uitsprak.

„Het aangehaalde arr. van den H.-R. kan dan ook, als niet-anoloog, hier niet worden toegepast."

„Op deze gronden concludeerde Mr. C. J. FRANÇOIS qq. voor den geïnt. tot verwerping van het ingesteld beroep, en tot bevestiging van het arr. *a quo*, met veroordeeling van de app^e^ in de kosten.

Namens den Proc.-G. heeft de Adv.-G. SMITS in deze de volgende conclusie genomen:

„Tusschen partijen zijn contracten gesloten omtrent een stoompakketvaart in den Indischen Archipel, en er bestaat tusschen hen verschil van gevoelen omtrent de vraag of, ingevolge die contracten, de nu geïnt. regt heeft de stoomschepen van de nu app^e^ te Atjeh langer op te houden dan de dagen bij contract bedongen, zonder daarvoor vergoeding schuldig te zijn.

„Aanvankelijk had de maatschappij aan de regering voor buitengewoon oponthoud gedurende — en tot Nov. 1876 in rekening gebragt eene som van ƒ 131,760, welke som was betaald. De regering heeft echter dat betaalde als onverschuldigd teruggevorderd. Nadat de daartoe strekkende eisch bij vonnis van den Raad van Justitie te Batavia was ontzegd, is die in hooger beroep bij arr. van het Hoog Geregtshof van N.-I. van 13 Mei 1880 toegewezen.

„De regtsvraag welke zich het Hof bij dat arr. stelde was, volgens de 4e overw.: of de toen appe het regt had de stoomschepen van de toen geïnte te Atjeh langer op te houden dan den tijd door de geïnt. voor het oponthoud aldaar bepaald zonder daarvoor vergoeding verschuldigd te zijn; en die vraag werd in de 15e overw. toestemmend beantwoord.

„De maatschappij dagvaardde nu echter de regering 21 Aug. 1882, in eerste instantie voor het Hoog Geregtshof tot voldoening van een bedrag van ƒ 46.800, dat verschuldigd zou zijn voor overligdagen van Nov. 1876 tot Febr. 1877, dus na den tijd van de vroeger betaalde overligdagen, waarover de *condictio indebiti* had geloopen. Haar eisch werd bejegend met eene exceptie van gewijsde zaak, die door het Hof werd aangenomen bij het arr., waartegen het tegenwoordig appel is gerigt.

„Het Geregtshof is van oordeel dat a. 1917 B.-W. voor N.-Indië (gelijk aan a. 1954 van ons B.-W.) om het gezag van een geregtelijk gewijsde te kunnen inroepen vereischt, dat de zaak, welke gevorderd wordt, dezelfde zij, dat de eisch op dezelfde oorzaak beruste en door en tegen dezelfde partijen gedaan zij;

„dat het regt op schadevergoeding voor overligdagen boven de bij het contract bedongene het voorwerp van het vorige regtsgeding heeft uitgemaakt;

„dat ook thans gevraagd wordt vergoeding van overligdagen voor de stoomschepen der maatschappij te Atjeh,

boven het contractueel aantal en het derhalve duidelijk is dat beide gedingen door hetzelfde onderwerp beheerscht worden, — dat dus het vereischte van dezelfde zaak allessins aanwezig is en daaraan niet obsteert de omstandigheid dat thans sprake is van overligdagen posterieur aan die van het vorige geding, wijl beiden binnen denzelfden contractstijd vallen;

»dat de beide eischen strekken tot vergoeding van overligdagen van denzelfden aard en berusten op dezelfde titels en dus hebben dezelfde oorzaak, zoodat ter beslissing van dit geding geheel dezelfde regtsvraag gesteld behoort te worden, als in het vorige geding gesteld is, te weten of de regering verpligt is aan hare mede-contractante vergoeding te geven, indien de stoomschepen der laatstgenoemde te Atjeh van bestuurswege boven het contractueel bedongen aantal dagen worden opgehouden, en dat ook de beide laatste bij de wet gestelde vereischten hier niet ontbreken, — en overweegt in de 8e overw.: dat derhalve, waar, zooals *in casu*, aanwezig zijn èn identiteit der regtsvraag èn identiteit der personen, — in welke twee vereischten de vier door de wet gestelde gereedelijk zamengevat kunnen worden, — de voorgestelde exceptie van gewijsde zaak voor toewijzing vatbaar is.

Dat hier dezelfde personen in dezelfde betrekkingen tegenover elkander staan, staat vast.

De opmerking dat er identiteit van regtsvraag bestaat is juist en wordt niet tegengesproken; de vraag is echter of daarom alsnu de vorige beslissing aan de tegenwoordige actie in den weg staat als *res judicata.*

»Dit spreekt de appe tegen.

»Namens haar wordt aangevoerd, dat wanneer a. 1917 B.-W. v. N.-I. (a. 1954 B.-W.) zegt, dat het gezag van een gewijsde zich niet verder uitstrekt dan het onderwerp van het vonnis, daarmede bedoeld wordt het concrete geval door den regter beslist, dat noch de gronden, noch de noodzakelijke

gevolgen eener beslissing in kracht van gewijsde gaan, dat hoe ruim men ook het begrip: *oorzaak van den eisch*, en vooral het begrip: *zaak die gevorderd wordt*, waarvan in het tweede lid van het a. wordt melding gemaakt, opvatte en uitlegge, dit nooit kan ten gevolge hebben dat de regtb. verder reike dan het onderwerp van het vonnis, en dat ten deze het onderwerp van het vorige arr. was de verschuldigheid van overligdagen gedurende de 10 eerste maanden van 1876 en van het tegenwoordige arr. die van de overligdagen gedurende een anderen termijn.

„De opvatting van de app. is mij te beperkt. Ik vermeen dat het onderwerp van het vonnis zich niet bepaalt tot het dispositief. Niet alleen dit, maar vooral het praktisch gedeelte der beslissing, het zoogenaamd *declaratief* komt daarbij in aanmerking, de erkenning of niet-erkenning van het beweerde regt, wel niet alle beweegredenen van het vonnis, maar de naaste grond tot de toe- of afwijzing.

„Het 2° lid van a. 1917 (1954) schijnt mij toe te zijn eene ontwikkeling van hetgeen bij het 1° wordt te kennen gegeven.

„Het Geregtshof vat, zooals wij zagen, de in dat tweede gedeelte vermelde vereischten van *dezelfde zaak* en *dezelfde oorzaak* te zamen in de uitdrukking: identiteit van regtsvraag. Von Savigny, *System* VI, 418, stelde voor de *res judicata* dezelfde vereischten als het Hof, *die jetzt zu entscheidende* Rechtsfrage *soll dieselbe seyn, welche schon früher entscheiden worden ist, und die* Personen, *die jetzt streiten, sollen dieselben seyn, welche den früheren Rechtsstreit geführt haben*" en deze zienswijze wordt volkomen gedeeld door Mr. Opzoomer, *Aanteekening* III, bl. 282, Mr. Goudsmit, *Systeem* I, § 108 bl. 284 vgl., Mr. Boneval Faure, *Ned. Burg. Procesregt* II, 227; Mr. van Bell, *Het bewijs*, bl. 100.

„In ons wetboek wordt in navolging van het Fransche, en in dit laatste weder in navolging van Pothier (*Oblig.*

n° 888) gesproken van de *zaak* en de *oorzaak*, zooals sommige Romeinsche juristen spraken van *eadem res* en *eadem causa*. Maar dat daarmede niet anders werd bedoeld dan de *eadem quaestio*, waarvan sprake is in l. 3 en 7, § 4 D *de exc. R. J.* (44.2) betoogde SAVYGNY l. l. § 296. Men zie ook UNGER, *System des Oesterreichischen Privatrechts* II, § 132, noot 14; WETZELL, *System des ordent. Civilprocesses* § 47, bl. 537, noot 96 en Mr. OPZOOMER l. l.

„En is het waar, dat voor de exceptie van gewijsde zaak, buiten de identiteit van personen, alleen vereischt wordt de identiteit van regtsvraag, dan is dunkt mij de quaestie beslist.

„Wij behoeven ons dan ook niet bezig te houden met de vraag of VON SAVIGNY niet wat ver ging door te stellen (l. l. p. 359) dat *alles* regtskracht verkrijgt wat de regter: „*infolge der spruchreif gewordenen Verhandlung entscheiden will*," dus ook alle incidentele beslissingen slechts in de verte tot de hoofdzaak betrekkelijk, — en dit gedeelte van zijn vertoog heeft voornamelijk tegenspraak ondervonden, maar wordt door Mr. GOUDSMIT l. l. bl. 188, noot 1, krachtig verdedigd. Dit doet thans m. i. minder ter zake, omdat het hier betreft eene noodzakelijke beslissing, regtstreeks betreffende de hoofdzaak, de beslissing namelijk dat het Indisch gouvernement aan de appellerende maatschappij geen overligdagen verschuldigd was.

„Met de meer ruime opvatting van de *exceptio rei judicatae* stemmen ook overeen WINDSCHEID, *Lehrb. der Pand.* II § 129 vlg. en VANGEROW I, § 173.

„De geachte pleiter voor de app° was van oordeel dat prof. DIEPHUIS afweek van de meening van prof. OPZOOMER en zijne medestanders. Ik geloof dat het verschil meer in woorden dan in zaken bestaat.

„Althans in het derde deel van zijn *Systeem* blz. 256 i. f. lees ik: „Dit is het waarop alles aankomt: wanneer het vonnis eene beslissing inhoudt, waardoor tevens regtstreeks of bij onwraakbare gevolgtrekking iets is beslist ten aanzien van het

later geding en ten aanzien van dezelfde zaak, dan kan men zijn gezag inroepen."

„Het is echter bekend dat sommige Duitsche regtsgeleerden een meer beperkte beteekenis aan de *res judicata* geven en de regtskracht beperken tot het concrete geval, o. a. UNGER, l. l. § 132, WETZELL l. l. § 47.

„Ook de Fransche jurisprudentie is dikwijls streng geweest in het toelaten der exceptie. Men zie de arr[n] aangehaald bij DALLOZ, *Rép.*, voce *Chose jugée* n° 22, — en het valt niet te ontkennen, dat het arr. van den H.-R. van 3 Dec. 1876 (v. D. HON., *B.-R.* XLI, 459; *N.-Rspr.* CXIV, 270), ofschoon toen slechts eene quaestie van appellabiliteit te beslissen was, — in het voordeel is van het systeem van de app.

„Ik meen den H.-R. nog opmerkzaam te moeten maken op de dissertatie van den heer BINNERTS, over de exceptie van gewijsde, reeds door den geachten raadsman van den geint. aangehaald, en op de recensies van die dissertatie door MR. P. R. FEITH in *de Gids*, Nov. 1869, bl. 342 vlg. en van MR. VLIELANDER HEIN, in *Themis* 1868 bl. 656 vlg.

„Ik heb de eer te concluderen tot verwerping van het ingestelde beroep en bevestiging van het arr. *a quo*, met veroordeeling van de app[e] in de kosten."

ARREST. — De H.-R. d. Ned. — Op het beroep van, enz.;

„Ten aanzien der feiten:

„Overnemende de daartoe betrekkelijke overw[n] van het tusschen partijen gewezen arr. van het Hoog Geregtshof van N. Indië van 4 Jan. 1883, waarbij de door de geïnt. voorgestelde exceptie van gewijsde zaak werd toegewezen, en de app[e] niet-onvankelijk verklaard in hare vordering, met veroordeeling van de app[e] in de kosten van het proces;

„O. dat de app[e], op 19 Maart daaraanvolgende in hooger beroep gekomen zijnde, hare grieven tegen die uitspraak heeft uiteengezet in eene aan de wederpartij beteekende memorie, daarbij ten slotte concluderende tot vernietiging van het be-

roepen arr., afwijzing der exceptie *rei judicatae* en terugwijzing der zaak naar het Hof, om verder te worden behandeld en beslist; kosten regtens;

»dat de geïnt. bij beteekende memorie van antwoord de toepasselijkheid der voorgestelde exceptie nader verdedigd heeft, en mitsdien geconcludeerd tot verwerping van het beroep, en bevestiging van het arr. *a quo*, met veroordeeling van de app* in de kosten;

»O. ten aanzien van het regt:

»dat de app*, die sedert 1866 eene geregelde stoompakketvaart in den Indischen Archipel onderhouden heeft, en op 24 Mei 1873 met de geïnt. is overeengekomen bij wijze van proef een vaste Atjeh-dienst te openen, thans van de geïnt. vordert de betaling van *ƒ* 46.800, wegens overligdagen ter reede van Atjeh in de maanden Nov., Dec. 1876, Jan. en Febr. 1877;

»dat die vordering in hoofdzaak steunt op het beweren, dat de bij Gouvernements-besluit van 25 Dec. 1875 geregelde wekelijksche vaart van Batavia op Atjeh beheerscht wordt door de voormelde overeenkomst van 24 Mei 1874, waarbij onder anderen bedongen is dat aan de app* voor elken dag oponthoud te Atjeh eene vergoeding van *ƒ* 1200 zou worden uitbetaald;

»dat de geïnt. vroeger, wegens andere in 1876 voorgekomen overligdagen terzelfder reede aan de app* voldaan hebbende eene som van *ƒ* 131.760, deze als onverschuldigd betaald heeft teruggevorderd, daarbij bewerende, dat de op 25 Dec. 1875 geregelde vaart zou beheerscht worden door de in Dec. 1873 gehouden algemeene uitbesteding, waarbij de app* voor een tijdvak van 15 jaren, aanvangende 1 Jan. 1876, aannemer is geworden van het onderhouden eener geregelde stoompakketvaart in den Indischen Archipel, bij welk laatste contract het oponthoud der booten op een geheel andere wijze geregeld is;

»dat bij arr. van het Hoog Geregtshof van Ned. Indië van 13 Mei 1880 (in het hoogste ressort gewezen), op grond, dat de lijn Batavia—Atjeh sedert 1 Jan. 1876 door de bepalingen

van het contract van Dec. 1873 beheerscht wordt, is beslist, dat de geïnt. het regt heeft de stoomschepen van de appe te Atjeh langer op te houden dan den tijd door de appe voor het oponthoud aldaar bepaald, zonder daarvoor vergoeding verschuldigd te zijn, en derhalve de vordering tot teruggave van de toen reeds betaalde overliggelden toegewezen;

„dat onder die omstandigheden de eenige vraag, welke partijen verdeeld houdt, deze is, of de geïnt. teregt de niet-ontvankelijkheid der thans tegen haar ingestelde vordering beweerd heeft, met een beroep op het gewijsde van 13 Mei 1880;

„O. daaromtrent, dat volgens a. 1917, 2e lid, B.-W. voor Ned. Indië, om het gezag van een geregtelijk gewijsde te kunnen inroepen, onder meer vereischt wordt dat de zaak welke gevorderd wordt, dezelfde zij;

„dat dit vereischte ten deze ontbreekt, omdat de overliggelden, verschuldigd wegens bepaalde, dagen in 1876 eene andere zaak zijn dan de overliggelden verschuldigd wegens andere dagen in 1876 en 1877;

„dat wel is waar de verschuldigdheid van beiden afhangt van de vraag, of de geïnt. het regt heeft de stoomschepen der appe te Atjeh op te houden; maar dit regt betreft de oorzaak waarop de eisch berust, niet de zaak, welke gevorderd wordt;

„dat wel bij verwerping der exceptie de regter genoodzaakt wordt de gestelde regtsvraag ten tweeden male te beslissen, maar zulks geen grond oplevert tot verwerping der exceptie, omdat, indien de regter in het eerste geding de vraag ontkennend beantwoord had en dus de aanspraken der appe over 1876 erkent, zij toch uit die beslissing het regt niet zou hebben kunnen ontleenen om de geïnt. tot betaling over volgende jaren te noodzaken, maar eene daartoe strekkende nieuwe vordering zou hebben moeten instellen;

„dat eindelijk nog door de geïnt. is aangevoerd dat de gevorderde gelijkheid van zaak en oorzaak in het Romeinsche regt zou zijn zamengevat door het enkele vereischte van *eadem*

quaestio en dus aanwezig zou zijn indien slechts dezelfde regtsvraag aan den regter onderworpen wordt;

„dat echter, wat hiervan zij, de a. 1351 *C.-C.*, 1954 B.-W. en 1917 B.-W. voor Ned. Indië uitdrukkelijk bepalen dat dezelfde zaak moet gevorderd worden; terwijl uit de voorbeelden voorkomende bij POTHIER (*Traité des Obligations*, n° 1889 en volg.), blijkt dat hij, aan wien deze a. ontleend zijn, en die met een beroep op l. 12, 13 D. h. t. spreekt van *idem corpus*, *eadem quantitas*, *idem jus* de beslissing over eene zaak hoogstens wil laten gelden voor hare onderdeelen of vruchten, maar zeker niet, wanneer, zij het ook krachtens denzelfden regtstitel, eene andere geldsom (*quantitas*) gevraagd wordt;

„dat het dan ook bij de inrigting onzer regterlijke uitspraken grootendeels van den regter afhangt of hij de door hem te beslissen regtsvraag meer of min ruim wil stellen, en het niet aannemelijk is dat de wijze waarop hij zulks doet, voor den regter van partijen, die daartoe welligt niet hebben medegewerkt, van overwegenden invloed zoude zijn;

„Gezien, behalve het aangehaalde a., a. 58 van het Regl. op de B.-R. voor de Raden van Justitie op Java en het Hoog Geregtshof van Ned. Indië:

„Vernietigt het arr. door het Hoog Geregtshof van Ned. Indië op 4 Jan. 1883 tusschen partijen gewezen;

„Verwerpt de door de geïnt. voorgestelde exceptie van gewijsde zaak;

„Verwijst de zaak naar genoemd Geregtshof om verder te worden behandeld en beslist;

„Veroordeelt de geïnt. in de kosten in beide instantiën op de exceptie gevallen, voor zooverre zij in eersten aanleg gemaakt zijn, nader op te maken bij staat."

N° 1901. — Arrest van 13 Junij 1884.

(A. 1484 j° a° 441, 443 B.-W.)

Heeft, wanneer eene moeder-voogdes ten behoeve van haar minderjarig kind eene bestelling heeft gedaan, de schuldeischer regt het bedrag daarvan op te vorderen van den voogd, die de moeder-voogdes heeft vervangen, behoudens het verhaal van dezen op de vroegere voogdesse, zoo daartoe gronden zijn? — Ja.

De te Utrecht gevestigde handelsvennootschap onder de firma A. M., handelende in manufacturen, vertegenwoordigd door Mr. A. P. Th. Eyssell, advocaat bij den H.-R., heeft zich in cassatie voorzien tegen een tusschen genoemde firma en M. M., in diens hoedanigheid van voogd over den minderjarige J. A. M., te Woerden, door de arr.-regtb. te Rotterdam 5 Nov. 1883 gewezen vonnis, en den verw. in cassatie qq. voor den H.-R. gedagvaard ten einde tegen dat vonnis te hooren voorstellen als *middel* van cassatie:

„Schending en verkeerde toepassing der a. 441, 443 en 1484 B.-W. j° a° 451, 467—469, 1177, 1178, 1356, 1365, 1366, 1374, 1482, 1493, 1549, 1844 *eodem*, omdat bij het bestreden vonnis eene vordering tegen den *hoc tempore* voogd van een minderjarige in die qualiteit tot betaling van goederen ten behoeve des minderjarige verkocht en geleverd, niet-ontvankelijk is verklaard, ofschoon *in facto* vaststaat, dat die vordering is gegrond op het beweren dat indertijd de bestellingen ten behoeve van den minderjarige zijn gedaan door zijn toenmalige voogdes en medevoogd;

„A. immers voogden door a. 411 B.-W. zijn bekleed met de zorg voor hunne pupillen en de vertegenwoordiging van deze in alle burgerlijke handelingen;

„A. onder deze zorg en vertegenwoordiging zeer zeker begrepen is en door verw. qq. bij de regtb. niet is ontkend de pligt, immers de bevoegdheid om voor een naar Oost-Indië vertrekkenden pupil een uitzet te koopen, en deze

bevoegdheid van de vroegere voogden *in casu* door de regtb. zelve *virtualiter* wordt erkend;

„A. dus bestellingen, tot dat doel gedaan, ten gevolge hebben eene volkomen regtsgeldige verbindtenis van den minderjarige, den verkooper bevoegd makende om betaling van het door hem geleverde te eischen;

„A. de vervulling van daaruit geboren verbindtenis tot betaling, zoo lang de verbonden minderjarige nog niet zelf in regten kan staan, kan en moet gevorderd worden tegen hem, die op het oogenblik der regtsvordering de door de wet aangewezen vertegenwoordiger van den schuldenaar is;

„A. door den verw. qq. niet is ontkend dat hij, op het oogenblik der dagvaarding in deze, bekleed was met de voogdij over den verbonden minderjarige, en *in facto* vaststaat, dat de vordering tot betaling tegen hem in die qualiteit is geëischt;

„A. daar, waar de eischer in cassatie geenerlei bepaald goed van den minderjarige aantast, maar eenvoudig de *actio emti venditi* instelt, het door de regtb. ingeroepen a. 451 B-W. niets te dezer zake doet en de bevoegdheid of verpligting van den voormaligen voogd vóór of tijdens de voogdijrekening al even vreemd is aan het onderwerpelijk geding, als *hic et nunc* even vermeld a.;"

en op deze gronden te hooren vernietigen het beklaagde vonnis, voorzooverre daartegen is opgekomen, en bij 's H.-R's te wijzen arr. de zaak te hooren terugwijzen naar de regtb. te Rotterdam, ten einde met inachtneming van dat arr., de zaak verder te behandelen en te beslissen, zulks met veroordeeling van den verw. qq. in de kosten voor den H.-R. gevallen, alsmede in die bij de regtb. op de door hem qq. aldaar voorgestelde exceptiën van niet-ontvankelijkheid gevallen, de overige kosten *in prima* gereserveerd; een en ander tenzij de H.-R. ambtshalve termen mogt vinden om voorschreven kostencondemnatiën ten behoeve der eisch^ses^ te brengen ten laste van den verw. in privé."

Voor dezen, vertegenwoordigd door Mr. VLIELANDER HEIN, adv. bij den H.-R., is de volgende conclusie genomen:

„A. het hier geldt eene vordering gerigt tegen den tegenwoordigen voogd als zoodanig, wegens eene bestelling ten behoeve van den minderjarige gedaan door den vorigen voogd, en waaruit volgens de eisch^{sse} in cassatie zou zijn ontstaan eene volkomen regtsgeldige verbindtenis *van den minderjarige*, den verkooper bevoegd makende om de betaling te eischen van den opvolgenden voogd;

„A. daarentegen de regtb. van oordeel is dat de voogd de bestellingen, die hij ten behoeve van den minderjarige doet, moet betalen, behoudens zijn mogelijk verhaal op de voogdijrekening, doch dat hij op krediet koopende den boedel des minderjarigen niet met de koopschuld mag belasten;

„A. dus de regtb., gelijk de eischer teregt opmerkt, den vorigen voogd niet de bevoegdheid ontzegt om ten behoeve van den pupil eene uitrusting te koopen, doch dat punt in het midden laat, maar zij beslist dat die voogd in elk geval de koopschuld niet mogt laten onbetaald om daarmede te belasten den pupillairen boedel;

„A. daartegen bij het *middel* van cassatie wordt aangevoerd: schending van de a. 441, 443 en 1484 B.-W. in verband met meerdere anderen, doch ten onregte;

„A. immers 's voogds pligt, om voor den persoon des minderjarigen zorg te dragen, volstrekt niet meêbrengt 's voogds bevoegdheid om den minderjarige jegens derden in schulden te steken;

„A. evenmin 's voogds verpligting om den minderjarige in alle burgerlijke regtshandelingen te vertegenwoordigen van zelf in zich sluit 's voogds bevoegdheid om den minderjarige te maken tot debiteur van allerlei schuld;

„A. die vertegenwoordiging wèl te pas komt bij regtshandelingen, waarbij de minderjarige, zij het ook door zijn voogd, toch zelf een rol vervult, zooals bij aanvaarding van

erfenis of van schenking, bij geldopneming of verkoop van goederen, bij het voeren van gedingen, scheiding en deeling en dergelijken, en dan ook een behoorlijk en regtens vertegenwoordigde minderjarige volgens a. 1584 jegens derden wordt verbonden;

»A. echter de minderjarige niet door zijn voogd wordt vertegenwoordigd, waar deze voor den persoon des minderjarigen zorgt; doch het daar geldt een eigen zelfstandige daad van den voogd, waarbij de minderjarige geenerlei rol vervult, en die hem of zijn boedel niet aan derden doch alleen aan zijn voogd kan verbinden;

»A. derhalve, aangenomen met den eischer, dat de aankoop eener Indische uitrusting geboden wordt door 's voogds verpligte zorg voor den minderjarige, dan juist de voogd bij dergelijke handeling den minderjarige regtens niet vertegenwoordigt en hem dus te dier zake niet aan den verkooper mag verbinden, doch voor die koopschuld zelf aansprakelijk is, gedekt als hij is door de voor behoorlijk te verantwoorden verteringen bestemde sommen bedoeld in a. 446, of anders zonder eenig verhaal, indien hij is vruchttrekker volgens a. 366—367 of, gelijk *in casu, met de voogdes die de uitrusting had besteld, het geval was*, genietster der uitkeering volgens a. 373;

»A. mitsdien de leer van het vonnis is volkomen juist en dan ook de tegenovergestelde leer des eischers de karakteristieke bepalingen onzer voogdij-wet, die het behoud en de bescherming van het pupillair vermogen ten doel hebben, als daar zijn de a. 446, 451 en volg., tot een doode letter zou maken, vermits die leer den voogd het heft in handen geeft om den pupil in allerlei engagementen te stellen, en daardoor diens vermogen regtens aan derden te verbinden en onbeperkt te compromitteren;

»A. men ter oplossing van dezen misstand vruchteloos zou verwijzen naar de tutelaire hypotheek, daar immers, juist

ook bij de hypotheekstelling de wetgever uitging van het bewustzijn, dat de voogd wel door slecht *beheer* schade kon aanrigten, doch overigens, wegens de bepalingen der a. 446, 447, 450, 451 en volg. het vermogen niet kan compromitteren, en mitsdien het bedrag der te stellen waarborg, getuige ook a. 390, al. 2 en 391 zich liet rigten niet naar de waarde van het pupillair vermogen zelf of naar de risico, die de pupil beliep bij 's voogds bevoegdheid om dat vermogen te engageren, doch voldoende vond dat de hypotheek evenredig was aan de opbrengsten van het vermogen en aan de risico die uit een slecht beheer kon voortvloeijen;

„A. alzoo, doet de voogd, als belast met de zorg voor den persoon des minderjarigen, een bestelling ten behoeve van dezen, de verkooper voor de koopschuld den voogd moet aanspreken, doch de pupil hem niet uit het koopcontract is verbonden, en dus ook de opvolgende voogd, gelijk *in casu*, niet kan worden aangesproken;

„Zoo wordt voor den verw. geconcludeerd tot verwerping; kostens regtens."

Namens den Proc.-G. heeft de Adv.-G. SMITS in deze de volgende conclusie genomen:

„De eischende firma heeft gesteld, dat zij ten behoeve van den minderjarige J. A. M., op bestelling van zijne moeder en toenmalige voogdes, en haren tweeden echtgenoot, medevoogd, in 1881 heeft verkocht en geleverd verschillende goederen benoodigd voor den uitzet van den minderjarige naar Oost-Indië, en heeft den tegenwoordigen verw., die de vroegere voogdes sedert als voogd heeft vervangen, in deze qualiteit gedagvaard tot betaling van het deswege verschuldigde bedrag.

„Zonder zich met het *fond* der zaak in te laten heeft de regtb. te Rotterdam de eisch^sse in hare vordering niet-ontvankelijk verklaard, op grond, dat de voogd, die ten behoeve van zijn pupil bestellingen doet, doch de ont

vangen goederen niet betaalt, zeer zeker buiten den kring zijner bevoegdheid en bepaaldelijk in strijd met het verbod van a. 451 B.-W. handelt, zoo hij met de aldus aangegane schuld den boedel des minderjarigen belast, daar hij, de voogd, verpligt is het geleverde te betalen, behoudens zijn regt om die betaling op de voogdij-rekening te verhalen, en dat daaruit volgt dat aan de eisch^{sse} tegen den nu verw. in zijne hoedanigheid van voogd over J. A. M. geene vordering toekomt tot betaling eener schuld, aangegaan door de vroegere voogdes en medevoogd van den minderjarige.

„Hiertegen is als *cassatie-middel* aangevoerd: schending en verkeerde toepassing van a. 441, 443 en 1484 in verband met a. 451, 467—469, 1177 sqq., 1356, 1365 sqq., 1374, 1482, 1493, 1549 en 1844 B.-W.

„De stelling van de eisch^{sse} is, dat nu de vordering is gegrond op het beweren, dat de bestellingen indertijd voor den pupil zijn gedaan door zijne toenmalige voogden, dat dergelijke bestelling tengevolge heeft een regtsgeldige verbindtenis van den minderjarige, daar deze behoort onder de zorg en vertegenwoordiging van den pupil, waarmede de voogden door a. 441 B.-W. zijn bekleed, en dat de vervulling van de daaruit geboren verbindtenis tot betaling kan en moet gevorderd worden van hem die op het oogenblik der regtsvordering de door de wet aangewezen vertegenwoordiger van den schuldenaar is.

„De verw. verdedigt het *dictum* van het vonnis door de ontkennende beantwoording van de vraag: of de voogd die handelende als belast met de zorg voor den persoon en de opvoeding van den pupil eene bestelling doet, de pupil en diens vermogen voor den koopprijs verbindt.

„Hij maakt een onderscheid voor de gevallen in a. 441 B.-W. uitgedrukt, dat de voogd handelt, als *zorgende voor* of als *vertegenwoordigende* den minderjarige. In het eerste geval (waarin wij hier zouden verkeeren) geldt het volgens den

verw., een eigen zelfstandige daad van den voogd, waarbij de minderjarige geenerlei rol vervult, en die hem of zijn boedel niet aan derden maar alleen aan zijn voogd kan verbinden, zoodat de voogd zelf aansprakelijk is voor de koopschuld, als zijnde gedekt door de voor behoorlijk te verantwoorden verteringen bestemde sommen bedoeld bij a. 446, of anders zonder eenig verhaal indien hij is vruchttrekker volgens a. 366, 367 of genieter der uitkeering volgens a. 373 B.-W.

„De redenering van den verw. komt hierop neder. Er zijn twee soorten van voogden, zij die vruchtgenot hebben (de vader en de moeder, a. 366) waaronder ook te begrijpen de genieter der uitkeering volgens a. 373. Tegenover dat vruchtgenot staat de pligt tot onderhoud en opvoeding, a. 367, 373.

„De pupil of zijn vermogen mag dus niet worden verbonden door bestellingen die deze voogden doen tot opvoeding en onderhoud. Eischt het belang, dat er ten behoeve van den pupil grootere uitgaven gedaan worden dan de eigenlijk gezegde opvoedingskosten, dan moet de wettige voogd daartoe regterlijke magtiging hebben, omdat hij wel het beheer maar niet de beschikking over de goederen van den minderjarige heeft volgens a. 364 B.-W.

„De tweede soort van voogden, de door de ouders of den regter geroepene (vreemde, benoemde voogden) moeten ook volgens a. 441 B.-W. zorg dragen voor den persoon van den minderjarige. Ook deze hebben geene beschikking, alleen slechts beheer over het vermogen.

„Zij hebben geen vruchtgenot, maar ten hunnen opzigte geldt a. 446 B.-W., voorschrijvende dat door den regter de som bepaald wordt welke de minderjarige jaarlijks zal kunnen verteren. Van deze som moet die voogd den pupil opvoeden en onderhouden, en met geen onkosten deswege mag de pupil of zijn boedel worden belast.

„Bij daden van opvoeding en onderhoud vertegenwoordigt de voogd den pupil niet. De derde die met den voogd handelde, moet dezen aanspreken en de voogd heeft dan verhaal op den pupil, of op den opvolger in de voogdij aan wien hij de rekening doet.

„Neemt men aan, dat de voogd door het sluiten van contracten zijn pupil aan derden kan verbinden, dan komt men, volgens den verw., in strijd met het stelsel der wet, dat de voogd slechts administrateur is en dan zou a. 451 eene belagchelijke bepaling bevatten.

„Ik geloof, dat hoe aanlokkelijk dat systeem op den eersten aanblik moge schijnen, het niet op de wet gegrond is en de magt van voogd over het vermogen van den minderjarige niet zoo beperkt is als daarbij wordt voorgesteld.

„Toegegeven dat men onderscheid moet maken tusschen de handelingen van den voogd waar hij voor den pupil zorgt, en die waar hij dezen vertegenwoordigt, dan vermeen ik toch dat dit onderscheid niet zoo scherp getrokken moet worden en tot de gevolgen moet aanleiding geven die de verw. aanvoert.

„Zorg en vertegenwoordiging worden in eenen adem in a. 441 genoemd, en de zorg kan niet anders geschieden dan door het voortdurend sluiten van contracten. Deze zouden echter den pupil niet binden omdat de voogd, om daaraan te voldoen, gelden te zijner beschikking zou hebben.

„Eenigen schijn heeft de redenering wat de legitieme voogden betreft. De ouders zijn reeds als ouders tot onderhoud en opvoeding hunner kinderen verpligt, en tegenover het vruchtgenot van de goederen der kinderen, aan de ouders, zonder verpligting tot verantwoording der vruchten toegekend, staat de last tot onderhoud en opvoeding der kinderen *overeenkomstig het vermogen van laatstgemelden.*

„Dit neemt m. i. niet weg, maar brengt veeleer mede, dat de ouders daarvoor, indien de vruchten niet voldoende zijn,

ook het vermogen van den minderjarige kunnen aanspreken. Eene opvoeding *overeenkomstig het vermogen* kan toch medebrengen, dat daarvoor in sommige tijden meer moet besteed worden dan de jaarlijksche vruchten van het vermogen bedragen. Prof. OPZOOMER betwijfelt het niet, dat wanneer het vermogen der kinderen groot genoeg is, om er al de kosten van onderhoud en opvoeding mede te bestrijden, de ouders niet verpligt zijn een deel van die kosten voor hun eigen rekening te nemen (*B.-W.* II, 2e druk II. 282).

„Bij de redenering omtrent de bekostiging van onderhoud en opvoeding door vreemde, aangestelde voogden gaat men, dunkt mij, uit van eene verkeerde uitlegging van a. 446 B.-W.

„Bij *raming* (*par aperçu* zegt a. 454 *C.-C.*) wordt door den kntr. vastgesteld wat de pupil verteren kan. Deze som kan somtijds de inkomsten van den minderjarige overtreffen, zoodat telkens het kapitaal zal moeten aangesproken worden, maar het is geen som waarvoor het onderhoud en de opvoeding wordt aanbesteed; de bepaling stelt niet daar een *traité à forfait* (AUBRY et RAU, I § 112) en die som wordt niet aan den voogd afgestaan, het blijft pupilair goed, waarvan de voogd rekening en verantwoording schuldig is, evenals van het overige vermogen, en dat niet zijn eigendom wordt. Hij zal verstandig doen en moeijelijkheden bij de voogdij-rekening voorkomen door die som niet te overschrijden, het is eene norma voor hem om zich in de uitgaven voor den pupil naar te regelen, maar ook wanneer hij die som heeft overschreden en de uitgaven blijken noodzakelijk en betamelijk geweest te zijn, dan zullen zij hem te goed moeten gedaan worden (a. 468, AUBRY et RAU II., DIEPHUIS, *Systeem* V, 391, 489 vgl.; OPZOOMER II, 2e druk, 379). Ook bij de handelingen betreffende de zorg voor den pupil handelt de voogd dus namens dezen en verbindt diens goed.

„Heeft de voogd bij zijne handelingen de grenzen zijner bevoegdheid niet te buiten gegaan, dan worden volgens

a. 1484 B.-W. de minderjarigen met opzigt tot die handelingen beschouwd alsof zij die na hunne minderjarigheid hadden verrigt, *onverminderd hun verhaal op den voogd.*

„En nu gaat het, dunkt mij, niet aan met de regtb. aante-nemen, dat de voogd die ten behoeve van den minderjarige bestellingen doet, doch de ontvangen goederen niet dadelijk betaalt, daardoor reeds buiten den kring zijner bevoegdheid handelt. Mag hij het verschuldigde uit het vermogen van den pupil dadelijk betalen, dan blijkt daaruit, dat hij dat vermogen daarvoor mag verbinden. De vraag over het vroeger of later betalen zal tusschen den voogd en den pupil moeten beslist worden.

„De vrees, dat bij eene andere opvatting dan die van den verw. het fortuin van den pupil zal gecompromitteerd worden, deel ik niet.

„De wet heeft daartegen op andere wijze gewaakt, in de eerste plaats en vooral door de verantwoordelijkheid van den voogd, gesterkt door de verpligting om hypotheek te stellen voor de inkomsten en het roerend vermogen van den minderjarige (over den zin van a. 390 B.-W. zie men Diephuis, *Systeem* V, 466 volgg.), voorts door de contrôle van den toe-zienden voogd, de tweejarige summiere rekening, het vereischte van regterlijke magtiging voor sommige handelingen, waarborgen die men misschien *in jure constituendo* nog zoude kunnen versterken, maar die in het systeem van den verw. grootendeels onnoodig zouden zijn.

„Ik acht het *middel* gegrond, en heb daarom de eer te concluderen tot vernietiging van het beklaagde vonnis en terug-wijzing der zaak naar de regtb. te Rotterdam, ten einde met inachtneming van 's H.-R.'s arr. de zaak verder te behandelen en te beslissen, met veroordeeling van den verw. qq. in de kosten van cassatie, alsmede in die bij de regtb. op de door hem qq. aldaar voorgestelde exceptiën van niet-ontvankelijkheid gevallen, en met reserve der overige kosten."

ARREST. — De H.-R. d. Ned. — Op het beroep van, enz.;

„O., dat de verw. als voogd van den minderjarige M. opgevolgd zijnde aan diens moeder en voogdesse, in deze hoedanigheid door de eisch^sse^ is aangesproken wegens eenige door die voogdesse met haren tweeden echtgenoot ten behoeve van den minderjarige indertijd gekochte en ontvangen, doch onbetaald gebleven goederen;

„O., dat de eisch^sse^ bij het beklaagde vonnis in die vordering niet-ontvankelijk verklaard is, op grond dat volgens de regtbank de voogd die ten behoeve van zijn pupil bestellingen doet, doch de ontvangen goederen niet betaalt, zeer zeker buiten den kring zijner bevoegdheid, en bepaaldelijk in strijd met het verbod van a. 451 B.-W. handelt, zoo hij met de aldus aangegane schuld den boedel des minderjarigen belast, daar hij, de voogd, verpligt is het geleverde te betalen, behoudens zijn regt om, zoo daartoe gronden zijn, die betaling op de voogdij-rekening te verhalen;

„O., dat hiertegen als *middel* van cassatie is voorgesteld: schending en verkeerde toepassing der a. 441, 443 en 1484 B.-W. j° de a. 451, 467 tot en met 469, 1177, 1178, 1356, 1365, 1366, 1374, 1482, 1493, 1549 en 1844 *eodem;*

„O. daaromtrent, dat de voogd, die het ten behoeve van zijn pupil geleverde onbetaald laat, wel even als ieder ander schuldenaar onbehoorlijk handelt tegenover den schuldeischer, zoodat hij in de hoedanigheid waarin door hem gehandeld werd, d. i. als voogd, bij regterlijk vonnis gedwongen kan worden zijne verpligtingen na te komen, doch daarom nog niet buiten den kring zijner bevoegdheid gaat tegenover den minderjarige, zoo hij met de aldus aangegane schuld diens boedel belast;

„dat immers volgens a. 441 B.-W. de voogd den minderjarige in alle burgerlijke handelingen vertegenwoordigt en dus tot het verrigten daarvan bevoegd is, behoudens bepaalde, daarop bij de wet gemaakte uitzonderingen;

„dat van het aanwezig zijn eener zoodanige uitzondering niet uit het beklaagde vonnis blijkt, en bepaaldelijk ook niet van een der gevallen vermeld in a. 451 B.-W., terwijl van eene analogische uitbreiding van dit a. geen sprake kan zijn, waar het de omschrijving eener regtsbevoegdheid betreft;

„dat dus ten opzigte der hier bedoelde handeling de minderjarige overeenkomstig a. 1484 B.-W. beschouwd wordt alsof hij die handeling na zijne minderjarigheid verrigt had, en hij daarvoor verbonden en, door zijnen tegenwoordigen voogd vertegenwoordigd, kan aangesproken worden, behoudens, zoo daartoe gronden zijn, verhaal op de vroegere voogdesse;

„dat hierin geene verandering zoude gebragt worden, indien vaststond (gelijk door den verw. opgegeven is) dat de vroegere voogdesse, als moeder, het wettelijk vruchtgenot had van de goederen van den pupil, omdat deze omstandigheid haar wel volgens a. 367, n° 2, B.-W. verpligtte de kosten van onderhoud en opvoeding voor hare rekening te nemen, maar dat ook, indien vaststond dat de hier bedoelde uitgave daartoe behoorde, eene moeder-voogdesse, zij het dan ook in strijd met die verpligting tegenover haren zoon, tegenover derden volkomen bevoegd blijft voor dergelijke schuld den pupil te verbinden:

„Vernietigt het beklaagde vonnis;

„Wijst de zaak terug naar de arr.-regtb. te Rotterdam, ten einde met inachtneming van dit arr., de zaak verder te behandelen en te beslissen;

„Veroordeelt den verw. in diens hoedanigheid in de kosten van cassatie, alsmede in die bij de regtb. op de door hem aldaar voorgestelde exceptie van niet-ontvankelijkheid gevallen;

„Reserveert de overige kosten bij de regtb. gemaakt."

N° 1902. — Arrest van 13 Junij 1884.

(A. 199 B.-R.)

Mist dit a. alle toepassing, waar volgens de feitelijke beslissing, partijen het eens waren over de daadzaken, waarvan de beslissing afhing? — Ja.

In deze zaak heeft de Proc.-G. Mr. Römer de volgende conclusie genomen:

„Bij een ingesteld hooger beroep tegen het vonnis van den kntr., heeft de nu eischer in cassatie tegen die uitspraak twee grieven aangevoerd, en wel *vooreerst* een middel van niet-ontvankelijkheid, en *ten anderen* de bewering, dat de regter in strijd met den inhoud van het audientieblad als *erkend* heeft aangenomen het door hem *ontkende* feit, dat hij, eischer, het geweest is die de bedoelde paarden bij den verw. heeft gestald.

„Het middel van niet-ontvankelijkheid is verworpen en daarin is berust. Omtrent het feit waarop de regtsvordering berust, hebben beide partijen nader bewijs aangeboden, maar de regtb. overweegt daaromtrent, dat, zonder nader bewijs, omtrent dit feit geen redelijke twijfel kan bestaan, nu het tusschen partijen geen geschil is, dat de nu eischer met 3 paarden, waarvan 2 zijn eigendom waren, en het derde nog denzelfden avond zijn eigendom is geworden, is gekomen in de stalhouderij van den verw.; dat hij en de drie paarden daar den nacht hebben doorgebragt, en hij, met achterlating der paarden, den volgenden dag is vertrokken; en eindelijk, dat uit een, hangende het hooger beroep, door den nu eischer aan den nu verw. beteekend exploit blijkt, dat hij ook toen nog eigenaar der paarden was.

„Door die beslissing zijn volgens de bewering des eischers geschonden en verkeerd toegepast de a. 1902, 1932 en 1933 B.-W. en a. 199 B.-R.

„M. i. is die bewering onjuist. Het gold *in casu* niet zoozeer het bewijs van een materieel feit, dan wel van eene redenering uit feiten afgeleid, nl. dat uit de hierboven opge-

geven feiten, welke allen tusschen partijen buiten geschil zijn, voortvloeit, dat het doen opnemen der paarden in de stalhouderij is geweest eene handeling van den nu eischer; het vonnis zegt toch dat het, bij het bestaan dier feiten, aan geen redelijken twijfel kan onderhevig zijn, dat het stallen is geschied door den eischer. De feiten waren dus buiten contest; en de regter schond a. 1902 B.-W. niet door het daaromtrent aangeboden bewijs voorbij te gaan; de a. 1932 en 1933 *ibid.* liggen niet ten grondslag van 's regters beslissing en kunnen evenmin geschonden zijn, en daar, volgens de feitelijke beslissing, partijen het eens waren over de daadzaken waarvan de beslissing afhing, of tusschen hen de regtsband was ontstaan, waarop de actie berust, mistte a. 199 B.-R. ook alle toepassing.

„Ik heb de eer te concluderen tot verwerping van het beroep en veroordeeling van den eischer in de kosten."

ARREST. — De H.-R. d. Ned. — Op het beroep van, enz.

„O., dat als eenig *middel* van cassatie is voorgesteld: schending van de a. 1902, 1932 en 1933 B.-W. en a. 199 B.-R. omdat bij het vonnis *a quo* het bewijs-aanbod aan zijde des verwr gedaan is gepasseerd;

„O. daaromtrent, dat bij het bestreden vonnis wordt overwogen, dat de vordering teregt zal zijn toegewezen, wanneer mogt kunnen worden aangenomen, dat de app., thans eischer in cassatie, het geweest is die de paarden in geschil bij geïnt., nu verw., heeft gestald, en dat omtrent dit laatste ook zonder nader bewijs geen redelijke twijfel kan bestaan nu het tusschen partijen buiten geschil is, dat app. op 10 Sept. ll. met 3 paarden, waarvan 2 zijn eigendom waren, het 3e nog in den avond van dienzelfden dag zijn eigendom geworden is, gekomen is in de stalhouderij van den geïnt. te Elst; dat hij en de 3 paarden daar den nacht hebben doorgebragt en hij den volgenden dag is vertrokken met achterlating der paarden; eindelijk, nu uit een op 26 Dec. aan geïnt. namens hem

beteekend exploit blijkt, dat hij ook toen nog eigenaar was der paarden;

„O., dat de regtb. door, zonder nadere bewijslevering, als bewezen aan te nemen hetgeen tusschen partijen buiten geschil was, zeer zeker geen der bij het *middel* aangehaalde a. heeft geschonden, en dat zoodanige schending evenmin heeft plaats gehad door de gevolgtrekking welke de regtb. uit de niet betwiste feiten heeft afgeleid, dat het namelijk de app., thans eischer in cassatie, is geweest welke de paarden in geschil bij den geïnt., nu verw., heeft gestald;

„O., dat mitsdien het aangevoerde *cassatie-middel* is ongegrond;

„Verwerpt het beroep;

„Veroordeelt den eischer in de kosten daarop gevallen."

N° 1903. — Arrest van 13 Junij 1884.

(A. 1943, 1944 B.-W. — A. 764, 798 K.)

Heeft de Nederlandsche wetgever in burgerlijke zaken de verklaringen van getuigen de auditu *willen uitsluiten?* — NIET BESLIST.

Kan de regter, als getuigenis in eene burgerlijke zaak aannemende de verklaring van den curator in een faillissement, inhoudende dat door hem een inventaris is opgemaakt overeenkomstig de inlichtingen van den failliet, *volgens a.* 798 *K., gezegd worden bewijskracht te hebben geschonken aan eene verklaring van een getuige, geput uit inlichtingen.* — NEEN.

M. A. R., vroeger koopman, thans zonder beroep, wonende te Leiden, ten deze vertegenwoordigd door Mr. G. BELINFANTE, adv. bij den H.-R. der Ned., heeft beroep in cassatie ingesteld tegen het tusschen partijen door het Geregtshof te 's Gravenhage gewezen arr. van 4 Febr. 1884, en den verw. in cassatie gedagvaard, ten einde:

„A. bij voornoemd arr. is bevestigd het vonnis van de arr.-regtb. te 's Gravenhage van 31 Aug. 1883, waarbij de eischer in cassatie is verklaard in staat van faillissement, aanvang nemende 26 Julij bevorens, dag der inlevering van het verzoekschrift;

„A. 's Hofs arr. is vooraf gegaan door een interlocutoir arr. 3 Dec. 1883, door hetzelfde Hof tusschen partijen gewezen, waarbij, met voorbijgang van het door eischer aangeboden bewijs, alvorens ten principale te beslissen, en met reserve van kosten, de nu verw. is toegelaten tot het door hem aangeboden bewijs door getuigen van de beide in het arr. omschreven feiten, doch de eischer in cassatie zich tegen dit interlocutoir arr. vóór het houden der enquête geene cassatie hebbende voorbehouden, daartegen niet meer kan opkomen;

„A. echter cassatie tegen het eind-arr. openstaat;

„A. het Hof bij dit eind-arr. heeft beslist dat: „aannemende dat de app[t] (nu eischer) op 16 Julij 1883 heeft „opgehouden handel te drijven door de hierboven omschreven „getuigen-verklaringen, in onderling verband beschouwd, vol„doende wordt gestaafd, dat de app[t], (nu eischer) op „27 Julij 1883, toen het vermelde verzoekschrift werd inge„leverd, had opgehouden zijn handelsschulden te betalen;"

„A. tot deze beslissing o. a. heeft medegewerkt de onder eede afgelegde verklaring van Mr. J. S. D. v. D., curator in het faillissement van den app[t], omtrent welke verklaring het Hof aanneemt: „dat hij een inventaris van diens faillieten „boedel heeft opgemaakt, waarop voorkomen, *alles volgens* „*opgaven van den app[t]*, eene lijst van debiteuren tot een „gezamenlijk bedrag van *f* 492.74 en eene lijst van crediteuren „tot een gezamenlijk bedrag van *f* 803.96, grootendeels „leverantiën betreffende uit den handel des app[s] voortvloeijende „en waaronder ook voorkomen de beide posten, hierboven „sub *a* en *b* vermeld;"

„A. a. 1943 B.-W. den regter zeker het regt toekent om aan afzonderlijke en op zich zelven staande getuigenissen van verscheidene personen, omtrent verscheidene feiten, door haren zamenloop en verband strekkende tot staving eener bepaalde daadzaak, zoodanige kracht toe te kennen *als de omstandigheden dit mogten vereischen*, maar dat hij dit toch nooit anders kan doen dan met inachtneming van a. 1944 B.-W., waarvan de 2e al. bepaalt, dat: „bijzondere meeningen of gissingen, bij redenering opgemaakt, geen getuigenissen zijn;"

„A. hier, waar het Hof aanneemt dat tot het bewijs van het ophouden van betalen heeft medegewerkt eene verklaring van een getuige, die zijne wetenschap niet putte uit *eigen inzage* der boeken of *uit eigen bevindingen*, maar alléén *uit opgaven van den app*t, waaraan a. 798 K. den naam van *inlichtingen* geeft;

„A. derhalve tegen gemeld eind-arr. wordt aangevoerd als *middel* van cassatie: schending en verkeerde toepassing van de a. 1943 en 1944 B.-W., in verband met schending en verkeerde toepassing van de a. 764 en 798 K., omdat het Hof bewijskracht heeft geschonken aan eene verklaring van een getuige, geput uit *inlichtingen;*

„mitsdien op grond van dit *middel* te hooren vernietigen het tusschen partijen door het Geregtshof te 's Gravenhage 4 Febr. 1884 gewezen arr. en de zaak te hooren verwijzen, om met inachtneming van 's H.-R.'s arr. te worden behandeld en beslist."

Voor den verw. in cassatie, vertegenwoordigd door Mr. H. J. Rijshouwer, adv. bij den H.-R. der Ned., is de volgende conclusie genomen:

„A. het voorgestelde *middel* van cassatie, zijnde schending en verkeerde toepassing van de a. 1943 en 1944 B.-W., in verband met schending en verkeerde toepassing van de a. 764 en 798 K., omdat het Hof bewijskracht heeft geschonken aan eene verklaring van een getuige, geput uit inlichtingen,

berust op beweringen, die geene geldige bedenkingen kunnen maken tegen 's Hofs arr. van 4 Febr. 1884;

„A. toch genoemde verklaringen, door den eischer in cassatie als inlichtingen beschouwd, omdat getuige ze niet putte uit eigen inzage der boeken of uit eigen bevindingen, maar alleen uit opgaven van den app[t], niet als zoodanig kunnen aangemerkt worden;

„A. genoemde getuige deze verklaringen aflegde en de wetenschap er van verkreeg als curator in den failliete boedel, welk faillissement op 31 Aug. ll. uitgesproken, ten tijde van het afleggen der verklaringen, zijnde 3 Déc. daaraanvolgende, reeds ruim drie maanden oud was;

„A. de curator, volgens de voorschriften van a. 801 en volg. K., toen reeds lang bekend was met de balans, onder meer den staat der schulden inhoudende, opgemaakt door den gefailleerde of door een gemagtigde in tegenwoordigheid van den curator of van iemand van zijnentwege;

„A. de curator dus het bestaan der schulden van de beide andere getuigen niet veronderstelde, maar volgens de voorschriften der wet zekerheid had dat ze bestonden, zoodat het in verband brengen van zijne verklaringen met die van de beide andere getuigen, niet kan doen denken aan schending of verkeerde toepassing van a. 1943 of 1944 B.-W., noch van a. 798 K.;

„A. ten overvloede door de beide andere getuigen reeds voldoende was aangetoond dat er ophouden van betalen had plaats gehad, en eene faillietverklaring dus volgens a. 764 K. kon gevraagd, en bekrachtiging van het vonnis der regtb. moest uitgesproken worden;

„A. dus geen der opgegeven wetsa. afzonderlijk of in verband met elkander geschonden of verkeerd toegepast is;

„Zoo concludeert Mr. H. J. Rijshouwer qq, dat bij arr. van den H.-R. der Ned. de ten deze ingestelde voorziening

in cassatie zal worden verworpen, met veroordeeling van den eischer in cassatie in de kosten van cassatie."

In deze zaak heeft de Proc.-G. Mr. RÖMER de volgende conclusie genomen:

„De eenige grief, aangevoerd tegen het arr. van het Geregtshof te 's Gravenhage, dd. 4 Febr. jl., waarbij is bevestigd het vonnis der regtb. alhier, bij hetwelk de nu eischer in cassatie is verklaard in staat van faillissement, is bij de dagvaarding in cassatie geformuleerd als schending en verkeerde toepassing van de a. 1943 en 1844 B.-W. in verband met schending en verkeerde toepassing van de a. 764 en 798 K., omdat het Hof bewijskracht heeft geschonken aan eene verklaring van een getuige, geput uit inlichtingen.

„Het bewijs moest worden geleverd dat de eischer, vroeger koopman, had opgehouden de handelsschulden te betalen die hij gemaakt had toen hij nog koopman was.

„Tot het bewijs van dat feit heeft medegewerkt de verklaring van den *derden* getuige die, als curator in het faillissement, heeft opgegeven, dat hij een inventaris heeft opgemaakt van den boedel, waarop voorkomen, alles volgens opgaven van den failliet, eene lijst van debiteuren en crediteuren, waaronder de twee posten, waaromtrent door de beide eerste getuigen eene verklaring was afgelegd.

„En nu overweegt het Hof dat door die getuigenverklaringen, in onderling verband beschouwd, voldoende wordt gestaafd dat de nu eischer had opgehouden zijn handelsschulden te betalen.

„De eischer in cassatie meent, dat door die beslissing is geschonden a. 1944 B.-W., m. i. geheel ten onregte. Wanneer de curator verklaart, dat hij den inventaris heeft opgemaakt, volgens de inlichtingen, die de failliet hem nopens den staat van den boedel heeft gegeven, zooals hij verpligt is dit te doen, dan loopt die verklaring over een feit, hetwelk hij zelf heeft ondervonden, zij behelst geene *meening* of

gissing bij redenering, door gevolgtrekking uit het bekende tot het onbekende, opgemaakt, en zij is bekleed met redenen van wetenschap.

„*In casu* heeft zij slechts gestrekt om in verband met de opgaven der beide andere getuigen, het feit te staven, dat de failliet had opgehouden zijne handelsschulden te betalen.

„Er is hier zelfs geen eigenlijk gezegde verklaring *de auditu;* de failliet erkent, dat deze of gene schuld bestaat, en mitsdien op den inventaris moet worden gebragt; en waar òf geene boeken bestaan, òf deze onregelmatig zijn gehouden, moet de curator op deze wijze tot de kennis van den staat des boedels geraken. Van daar dat de regter-commissaris eene beëedigde verklaring van den failliet kan vorderen. Maar in ieder geval sluit de wet verklaringen *de auditu* niet buiten.

„De Raad vergelijke daaromtrent de conclusie van den heer Gregory en het arr. van 9 Mrt. 1855 (v. d. Hon., *B.-R.* XIX, 109; *N. Rspr.* XLIX, 269, 270, 273).

„De grief is m. i. ongegrond en ik heb de eer te concluderen tot verwerping van het beroep en veroordeeling van den req. in de kosten in cassatie gevallen."

ARREST. — De H.-R. d. Ned. — Op het beroep van, enz.;

„O., dat als *eenig middel* van cassatie wordt voorgesteld: schending en verkeerde toepassing van de a. 1943 en 1944 B.-W., in verband met schending en verkeerde toepassing van de a. 764 en 798 K., omdat het Hof bewijskracht heeft geschonken aan eene verklaring van een getuige, geput uit inlichtingen;

„O., dat dit *middel* betreft de verklaring van den als getuige gehoorden curator in het faillissement van den eischer in cassatie: „dat hij een inventaris van den faillieten boedel „heeft opgemaakt, waarop voorkomen, alles volgens opgave „van den appt" (nu eischer in cassatie), „eene lijst van debiteuren" enz., omtrent welke verklaring door het Hof is overwogen, dat daardoor, in verband met andere verklaringen,

voldoende wordt gestaafd, dat de nu eischer in cassatie had opgehouden zijne handelsschulden te betalen;

„O. dat, daargelaten dat niet blijkt, dat de Nederlandsche wetgever in burgerlijke zaken de verklaringen van getuigen *de auditu* heeft willen uitsluiten, vermits in a. 1944 B.-W. alleen van bijzondere meeningen of gissingen gesproken wordt, in allen gevalle door 's Hofs beslissing geen der aangehaalde a. is geschonden, daar de curator, als getuige verklarende eenen inventaris te hebben opgemaakt overeenkomstig de inlichtingen van den failliet, geene meening of gissing uit, maar eenvoudig verklaart, welke baten hij, bij het opmaken van den staat des boedels, overeenkomstig a. 798 K., gevonden heeft, en welke schulden de failliet bij die gelegenheid erkend heeft te hebben;

„O., dat het aangevoerde *middel* derhalve is ongegrond:

„Verwerpt de voorziening;

„Veroordeelt den eischer in de kosten, in cassatie gevallen."

N° 1904. — Arrest van 20 Junij 1884.

Koloniaal appel.

(A. 1, al. 2, van het Regl. wegens het hooger beroep aan den H.-R. van vonnissen in burgerlijke zaken, gewezen door het Geregtshof te Suriname, vastgesteld bij Kon. besluit van 11 Jan. 1840, *St.* n° 1 en gehandhaafd bij de wet van 4 Apr. 1869, *St.* n° 86.)

Veroorlooft de aangehaalde bepaling het komen in hooger beroep van eene vordering tot ontbinding van een tusschen partijen bestaand huwelijk? — Neen.

Aan den H.-R. der Nederlanden,

Geeft eerbiedig te kennen:

M. B., van beroep schilder, wonende in Suriname, te Paramaribo, app^t bij acte van prosecutie en dagvaarding dd. 27 Nov. 1883 van een vonnis van het Hof van Justitie in

Suriname dd. 31 Aug. 1883, hebbende tot procureur Mr. C. J. François, tegen H. G. A. L., zijne echtgenoote, geïnt^e, hebbende tot procureur Mr. A. M. van Stipriaan Luïscius;

„dat hij, na bekomen vergunning om kosteloos te procederen, met verlof van den heer Voorzitter van het Hof van Justitie in Suriname, bij exploit dd° 31 Mei 1883 heeft ingesteld de vordering tot echtscheiding wegens overspel, en het Hof, nadat de zaak door wederzijdsche conclusiën was voldongen, aan app^t bij het vonnis dd° 31 Aug. 1883 heeft opgelegd te bewijzen:

„1° dat zijne echtgenoote in de maand Nov. 1878 de echtelijke woning heeft verlaten en sedert niet in de echtelijke woning is teruggekeerd;

„2° dat hij eischer sedert de maand Nov. 1878 geen gemeenschap met gedaagde heeft gehad.

„Dat het Hof alzoo heeft bevolen het bewijs van twee feiten, waarbij het eerste zooals het zonder eenige bijvoeging is gesteld, zou kunnen te pas komen bij de actie wegens kwaadwillige verlating, het tweede bij de actie *en desaveu*, terwijl geen van beide actiën zijn ingesteld;

„dat de app^t bij introductief request heeft gesteld, en verder in de dingtalen heeft herhaald, dat hij zich beriep op het gepleegde overspel;

„dat hij als gevolg van dat overspel heeft gewaagd van de geboorte van een kind, en van de omstandigheid dat hij, doordien hij van de geboorte van dat kind eerst langen tijd daarna heeft kennis gedragen, uithoofde van den verstreken termijn de wettigheid daarvan niet meer kon ontkennen, en dat hij daarvan, alsmede van het niet terugkomen in de echtelijke woning het bewijs door getuigen zou kunnen leveren;

„maar dat hij uitdrukkelijk heeft verklaard alleen zich op overspel te beroepen, en derhalve alleen ook dat feit te bewijzen had moeten zijn opgelegd;

„dat de app^t bij conclusie van eisch de motieven der

dagvaarding heeft herhaald, en als grond der vordering het overspel sints Nov. 1878 heeft aangevoerd;

„dat er derhalve geen aanleiding hoegenaamd voor den regter was, noch om eenig bewijs betrekkelijk het kind in quaestie, noch omtrent het al of niet zamenwonen opteleggen;

„dat bij de conclusie van repliek nog ten overvloede door den app^t is herhaald, dat hij ontbinding eischt van het huwelijk op grond van overspel, en alzoo geene andere feiten door den regter hadden moeten zijn in aanmerking genomen, en de app^t bij die conclusie de onwaarachtige verhalen der geïnt^e logenstraft, aan den inhoud van welke conclusie de app^t zich refereert als ware die hier woordelijk overgenomen;

„dat app^t alzoo bij het vonnis is bezwaard, als hem opleggende deels een irrelevant bewijs, deels een onmogelijk bewijs voor personen die de kolonie niet verlaten hebben;

„Zoo concludeert Mr. C. J. François, als procureur van den app^t, dat bij arr. van den H.-R. zal worden vernietigd het vonnis van het Hof van Justitie in Suriname dd^o 31 Aug. 1883, en bij verbetering opnieuw regt doende, zal worden bevolen dat de app^t voor het Hof van Justitie in Suriname, op zoodanigen dag en uur, als het Hof op verzoek van de meest gereede partij zal bepalen, door getuigen en alle middelen regtens zal bewijzen: „dat de gedaagde in de „maand Nov. 1878 de echtelijke woning heeft verlaten, en „sedert daarin niet is teruggekeerd, ten einde met een ander „man in overspel te leven; behoudens tegenbewijs, kosten „regtens."

„*Aan den H.-R. der Nederlanden,*

„Geeft eerbiedig te kennen H. G. A. L., echtgenoote van M. B., wonende te Paramaribo, geïnt., comparerende bij den adv. en proc. Mr. A. M. van Stipriaan Luïscius, tegen M. B., schilder, wonende te Paramaribo, app. enz. comparerende bij den adv. en proc. Mr. C. J. François;

„dat de app. is gekomen in hooger beroep van het vonnis

door het Hof van Justitie 31 Aug. 1883 in de door hem voor dat regterlijk collegie aanhangig gemaakte procedure tot echtscheiding gewezen, en tot staving van dit appèl heeft doen beteekenen eene schriftuur van grieven;

»dat de geïnt. bij de tegenwoordige schriftuur ten aanzien van dit appèl opmerkt het navolgende:

»Voor alles stelt geïnt. voor eene *exceptie van niet-ontvankelijkheid van het appèl.*

»Volgens a. 1 van het Regl., vastgesteld bij Kon. besluit van 11 Jan. 1840, *St.* n° 1, is het hooger beroep in burlijke zaken van vonnissen van het Geregtshof in Suriname (nu vervangen door het Hof van Justitie in de kolonie Suriname) *alleen* toegelaten in zaken, wier onderwerp de geldswaarde van *f* 1000 te boven gaat.

»Daarmede is duidelijk aangewezen, dat het *niet* ligt in de bedoeling des wetgevers om West-Indische echtscheidingen en dergelijke zaken, uitsluitend bij den *judex loci* te huis behoorende, zaken, die dan ook geene geldswaarde hebben, en dus ook niet gezegd kunnen worden een geldswaarde van meer dan *f* 1000 ten onderwerp te hebben, in hooger beroep te stellen ter cognitie van den H.-R.

»Het tegenwoordig appèl is dus *niet-ontvankelijk.*

»Geïnt. beroept zich tot staving harer exceptie op een arr. van dezen Raad van 31 Dec. 1880 en de daaraan voorafgegane conclusie van den heer Adv.-G. POLIS, beiden opgenomen in de *N. Rspr.* CXXVI, § 38. (v. D. HON., *B.-R* XLV, 421). Daarin is deugdelijk geconstateerd de waarheid, dat, terwijl volgens de wet op de R.-O. het appèl is regel, die geldt tenzij mindere waarde de uit- zondering aantoont, in West-Indische zaken geldt het tegenovergestelde, nl. alleen dan het hooger beroep is toegelaten, wanneer de vordering eene hoogere geldswaarde dan *f* 1000 blijkt ten onderwerp te hebben. En dit is niet te beweren, valt zelfs niet te onderzoeken, bij eene actie van echtscheiding.

Voor het geval dit appèl mogt worden geoordeeld ontvankelijk te zijn, geeft geïnt. het volgende antwoord:

„Het vonnis, waarvan appèl, is *interlocutoir*, voor zoover het den app. toelaat tot zeker bewijs, maar het is ook *incidenteel*, nl voor zoover het toewijst de conclusie der gedaagde, nu geïnt, omtrent alimentatie en het verblijf der kinderen.

„Tegen de *incidentele* beslissingen voert app. geen grief aan. Deze moeten dus steeds worden bevestigd.

„Tegen het interlocutoir gedeelte van het vonnis voert app. aan, dat hij niet heeft aangeboden het hem opgelegd bewijs, maar dat hij wel heeft aangeboden en alsnog moet worden toegelaten te bewijzen, dat de gedaagde in de maand Nov. 1878 de echtelijke woning heeft verlaten en sedert daarin niet is teruggekeerd, ten einde (plan?) met een andere man in overspel te leven.

„De geïnt° ontkent die verlating, ontkent dat plan of dat voornemen, ontkent ook het feit van overspel zelf, maar refereert zich gaaf aan 's H.-R's oordeel, of de door den app. verlangde wijziging van het interlocutoir admissibel is.

„Op deze gronden verzoekt en concludeert Mr. A. M. VAN STIPRIAAN LUÏSCIUS, als procureur der geïnt°, dat bij arr. van den H.-R. der Ned., de app. zal worden verklaard niet-ontvankelijk in het door hem ingesteld hooger beroep, met veroordeeling van den app. in de kosten, in hooger beroep gevallen, en, voor het geval dat de app. mogt worden geoordeeld te zijn ontvankelijk in het door hem ingesteld hooger beroep, dat alsdan het vonnis van het Hof van justitie in de kolonie Suriname van 31 Aug. 1883, waarvan is geappelleerd, zal worden bevestigd, voor zoover betreft de daarbij gegeven *incidentele* beslissingen omtrent onderhoud en verblijf der kinderen, en aan de geïnt° zal worden verleend akte, dat zij zich ten aanzien van app° conclusie omtrent het *interlocutoir* gedeelte van voormeld vonnis gedraagt aan 's H.-R's oordeel, met conclusie dat, bij toewijzing van app° conclusie

de uitspraak omtrent de kosten in beide instantiën zal worden gereserveerd, tot aan 's Hofs eindbeslissing, en dat, bij algeheele bevestiging van het vonnis *a quo*, de app. zal worden veroordeeld in de kosten van het hooger beroep."

Ter teregtzitting is voor den app. de volgende conclusie genomen:

„A. ten aanzien van de gegrondheid der bezwaren door den app. tegen het vonnis *a quo* ingebragt, hij vermeent zich te mogen refereren aan zijn schriftuur, beteekend 29 Maart 1884, te meer omdat de geint^e zich *au fond* heeft gerefereerd aan 's regters oordeel;

„A. de exceptie van non-appellabiliteit door de geint^e voorgesteld is ongegrond;

„A. toch van alle vonnissen van het Geregtshof in Suriname hooger beroep op het moederland is toegelaten, met uitzondering van die in materie van belastingen gewezen, en bij interlocutoire vonnissen, die welke ten definitieve zijn reparabel, naar luid van a. 29 van het Regerings-regl. van Suriname van 5 Dec. 1832, *Gouvernementsblad van Suriname* n° 13;

„A. *in casu* is hooger beroep van een interlocutoir, doch de distinctie tusschen reparabel en irreparabel is vervallen door a. 5 van het Regl. van den H.-R. van 1840, *St* n° 1;

„A. naar luid van a. 24 van het Surinaamsche Regl. van 1832 alle zaken, *welke in de Kolonie het onderwerp van regterlijke beslissing kunnen zijn, voor het Geregtshof aldaar worden gebragt*, en naar luid van a. 29 van het Surinaamsche Regl. van alle vonnissen appel op het moederland is gegeven en daarvan nergens zijn uitgezonderd de vonnissen in zaken van echtscheiding, den burgerlijken staat van personen en soortgelijken, welke nooit en in geen geval op geld waardeerbaar zijn;

„A. volgens a. 25 van voorzegd Surinaamsch Regl. van 1832 alle zaken boven de *f* 300, voor appel vatbaar waren;

„A. het regl. van 1840 de bij de vorige regtspleging bestaande regeling van het appèl overnemende, alleen het

appèl wat het geldelijk bedrag aangaat heeft willen beperken;

„A. had men die beperking verder dan het geldelijk bedrag willen uitstrekken, dan zou dit uitdrukkelijk moeten zijn bepaald;

„A. geint^e uit het oog verliest dat al. 2 van a. 1 van het Regl. van 1840 *niet is de regel*, maar eene uitzondering op den algemeenen regel en derhalve van strikte toepassing, en nimmer appèl kan uitsluiten van vorderingen die niet op geld waardeerbaar zijn;

„A. ware dit niet de bedoeling, de eerste al. van a. 1 van het Regl. van 1840 geheel doelloos zou zijn, en de verwijzing naar de vroegere regtspleging van allen zin ontbloot;

„Zoo concludeert Mr. C. J. François, als procureur van den app.:

„1° dat de exceptie van niet-ontvankelijkheid in hooger beroep zal worden verworpen, kosten regtens;

„en 2° dat met vernietiging van het hooger beroep zal worden te niet gedaan het vonnis van het Geregtshof in Suriname dd. 31 Aug. 1883, waarvan is geappelleerd, en op nieuw regt doende zal worden toegewezen de in hooger beroep door den app. genomen conclusie, luidende:

„dat zal worden bevolen dat de app. voor het Hof van Justitie in Suriname op zoodanige dag en uur, als het Hof op verzoek van de meest gereede partij zal bepalen, door getuigen en alle middelen regtens zal bewijzen: „dat de gedaagde in „Nov. 1878 de echtelijke woning heeft verlaten, en sedert „daarin niet is teruggekeerd ten einde met een ander man in „overspel te leven," behoudens tegenbewijs; kostens regtens."

Ter teregtzitting van den H.-R. van 2 Mei 1884, is voor de geïnt., comparerende bij Mr. A. M. van Stipriaan Luïscius, geconcludeerd als volgt:

„A. de door geïnt^e bij schriftuur van antwoord voorgestelde exceptie van niet-ontvankelijkheid van het appèl wordt bestreden bij app^s conculusie ter rolle;

„A. de app^e daartoe aanvoert, dat het Regl. op het beleid der Regering in de Kolonie Suriname van 3 Dec.

1832, *Gouv.-bl.* n° 13, in a. 29 *den regel* stelt, dat *alle* zaken, welke volgens a. 24 ter judicature van het Geregtshof der kolonie Suriname staan, voor appèl op den regter in het moederland vatbaar zijn en dat a. 1 van het Regl. op het hooger beroep aan den H.-R. van 11 Jan. 1840, *St.* n° 1, dien regel zou handhaven;

»A. intusschen *die regel* in het Regl. van 1832 *niet* geschreven staat;

»A. toch a. 29 van dit Regl. appellabel verklaart de zaken, die bij het *volle* Geregtshof ter eerste instantie behooren, en hierdoor wordt gedoeld op de bepaling van a. 25, dat *alleen die* civiele zaken, wier onderwerp de geldswaarde van *f* 300 te boven gaat, door het *volle* Geregtshof zullen worden beregt:

»A. volgens deze bepalingen aan appèl op het Hoog Geregtshof te 's Gravenhage waren onderworpen *alleen die*, door het Geregtshof in de kolonie beregte, civiele zaken, *wier onderwerp* de geldswaarde van *f* 300 *te boven ging;*

»A. dus toen voor de ontvankelijkheid van het appèl *die* waarde van het onderwerp der zaak *moest vaststaan*, en, bij gebreke hiervan, de zaak niet vatbaar was voor hooger beroep;

»A. het Regl. van 1840 hierin heeft gebragt deze verandering, dat alsnu, volgens a. 1, al. 2, het appèl slechts is toegelaten in zaken, wier onderwerp de geldswaarde van *f* 1000 te boven gaat;

»A. hiermede alzoo duidelijk is gezegd, dat *niet-appellabiliteit* is *regel*, vermits appèl slechts wordt toegelaten, wanneer bedoeld daarvoor gesteld vereischte blijkt;

»A. derhalve, wanneer het onderwerp der zaak *niet blijkt* de geldswaarde van *f* 1000 *te boven te gaan*, gelijk zulks *niet bleek* in de zaak, 31 Dec. 1880 door den H.-R. beslist, en gelijk zulks *niet blijkt* in dit proces tot echtscheiding, het hooger beroep niet is toegelaten;

»A. app^e beroep op al. 1 van a. 1 van het Regl. van 1840 hiertegen niets afdoet, *eensdeels*, omdat *ook* volgens

de *vroegere* organisatie de appellabiliteit *niet* was *regel*, *anderdeels*, omdat het doel dier al. 1 van a. 1 van het Regl. van 1840, enkel was de vroegere wetgeving, die als regter in appèl aanwees het Hoog Geregtshof te 's Gravenhage, in overeenstemming te brengen met de 1 Oct. 1838 ingevoerde wetgeving, waarbij als regter in appel van koloniale vonnissen werd aangewezen de H.-R. der Ned. (a. 91, n° 2, R.-O.)

„A. de geïnt^e overigens verwijst naar hare schriftuur van antwoord;

„Zoo concludeert Mr. A. M. VAN STIPRIAAN LUÏSCIUS, als procureur der geïnt^e, dat bij arr. van den H.-R. der Ned., de app. zal worden verklaard niet-ontvankelijk in het door hem ingesteld hooger beroep, met veroordeeling van den app. in de kosten, in hooger beroep gevallen, en, voor het geval dat de app. mogt worden geoordeeld te zijn ontvankelijk in het door hem ingesteld hooger beroep, dat alsdan het vonnis van het Hof van Justitie in de kolonie Suriname, van 31 Augustus 1883, waarvan is geappelleerd, zal worden bevestigd, voor zoover betreft de daarbij gegeven *incidentele* beslissingen omtrent onderhoud en het verblijf der kinderen en aan de geïnt^e zal worden verleend akte, dat zij zich ten aanzien van app^s conclusie omtrent het *interlocutoir* gedeelte van voormeld vonnis gedraagt aan 's H.-R's oordeel, met conclusie dat, bij toewijzing van app^s conclusie, de uitspraak omtrent de kosten in beide instantiën zal worden gereserveerd tot aan 's Hofs eindbeslissing, en dat, bij algeheele bevestiging van het vonnis *a quo* de app. zal worden veroordeeld in de kosten van het hooger beroep."

In deze zaak heeft de Adv.-G. SMITS, namens den Proc.-G., de volgende conclusie genomen:

„De app. heeft tegen de geint^e voor het Hof van Justitie in de Kolonie Suriname een eisch tot echtscheiding ingesteld op grond van overspel.

„Het Hof heeft hem dientengevolge het bewijs van twee

feiten opgelegd, waarmede hij zich bezwaard oordeelde, weshalve hij in hooger beroep is gekomen.

»De geint° heeft dit beroep in de eerste plaats en voor alles bejegend met eene exceptie van niet-ontvankelijkheid van het appel.

»Namens haar wordt beweerd, dat volgens a. 1 van het Reglement, vastgesteld bij Kon. besl. van 11 Jan. 1840, *St.* n° 1, (gehandhaafd bij de wet van 4 Apr. 1869, *St.* n° 36) het hooger beroep in burgerlijke zaken van het Geregtshof in Suriname (nu vervangen door het Hof van Justitie in de Kolonie Suriname) *alleen* toegelaten is in zaken wier onderwerp de geldswaarde van *f* 1000 te boven gaat; dat dus, terwijl volgens onze wet op de R.-O. het appel is regel, die geldt tenzij mindere waarde de uitzondering aantoont, het tegenovergestelde geldt in West-Indische zaken, waar alleen dan het hooger beroep is toegelaten, wanneer de vordering een hoogere geldswaarde dan *f* 1000 blijkt ten onderwerp te hebben, waarvan niets blijkt in dit proces van echtscheiding.

»En dit beweren is geheel in overeenstemming met de jurisprudentie van den H.-R. Men zie het arr. van 31 Dec. 1880 (v. D. HON., *B.-R.* XLV, 421; *N. Rspr.* CXXVI, 301), en vergelijke de arresten van 31 Oct. 1873 (v. D. HON., *B.-R.* XXXVIII, 315; *N. Rspr.* CV, 140), en 1 Nov. 1878 (v. D. HON, *B.-R.* XLIII, 355; *N. Rspr.* CXX, 113). Te vergeefs voert m. i. de app. hiertegen aan, dat het Reglement op het beleid der regering in de kolonie Suriname van 3 Dec. 1832, *Gouv.-blad* n° 13, in a. 29 den regel stelt, dat alle zaken welke volgens a. 24 ter *judicature* van het Geregtshof der kolonie Suriname staan, voor appel op den regter in het moederland vatbaar zijn, en dat a. 1 van het Reglement op het hooger beroep aan den H.-R. van 11 Jan. 1840 dien regel zou handhaven, want die regel is in het Reglement van 1832 niet te vinden. A. 29 van dat Reglement verklaart

alleen appellabel de zaken, die bij het *volle* Geregtshof ter eerste instantie behooren, en dat zijn volgens a. 25 alleen die civiele zaken, wier onderwerp de geldswaarde van *f* 300 te boven gaat, en die som is door het reglement van 1840 verhoogt tot *f* 1000.

„Het beroep door den app. gedaan op al. 1 van a. 1 van het Reglement van 1840 kan hem m. i. ook niet baten, omdat ook volgens het Reglement van 1832 de appellabiliteit niet was regel en de gemelde al. kennelijk alleen ten doel heeft de vroegere wetgeving, die als regter in appel aanwees het Hoog Geregtshof te 's Gravenhage, in overeenstemming te brengen met a. 91 n° 2 R.-O., waarbij als regter in appel in koloniale zaken wordt aangewezen de H.-R. der Ned.

„Ik moet echter den H.-R. opmerkzaam maken op een arr. van 9 Apr. 1868 (door mij enkel vermeld gevonden in het *Weekbl. v. h. Regt* n° 3003), waarbij is kennis genomen van een hooger beroep tegen eene Surinaamsche vrouw betreffende eene scheiding van tafel en bed. Ik moet evenwel daarbij tevens doen opmerken dat de appellabiliteit toen volstrekt niet ter sprake is gebragt.

„Ik acht de exceptie gegrond en zal dus slechts een enkel woord zeggen over de zaak ten principale. Teregt wijst de geïnt. er op dat het vonnis waarvan appèl is interlocutoir, voor zooverre het den app. toelaat tot zeker bewijs, maar ook incidenteel, voor zooveel het toewijst de conclusie omtrent alimentatie en het verblijf der kinderen, en dat tegen de incidentele beslissingen geen grief is aangevoerd, zoodat die steeds zullen moeten bevestigd worden.

„De geintim. refereert zich overigens, indien het appèl ontvankelijk mogt worden geoordeeld, gaaf aan 's H.-R's oordeel omtrent het appèl wat het interlocutoir betreft.

„De app. beklaagt zich over het hem opgelegde getuigenbewijs. Hij heeft echtscheiding gevraagd op grond van overspel en er is hem opgelegd te bewijzen: 1° dat zijne

echtgenoote in de maand Nov. 1878 de echtelijke woning heeft verlaten en sedert niet daarin is teruggekeerd, en 2° dat hij sedert de maand Nov. 1878 geen gemeenschap met gedaagde (nu geint[e]) heeft gehad. De app. noemt dit bewijs deels irrelevant, deels onmogelijk voor personen die de kolonie niet verlaten hebben.

„Inderdaad zou het in de eerste plaats geformuleerde feit slechts te pas kunnen komen wanneer de actie gebaseerd was op kwaadwillige verlating, en het tweede beduidt op zich zelve niets en zou slechts kunnen strekken om tot het bewijs van overspel te geraken, in verband met een ander feit dat in den loop der procedure wel is ter sprake gekomen, maar dat niet als vaststaande is aangenomen, en waarvan het bewijs ook niet is opgelegd, nl. dit, dat de geint. op 17 Mei 1880 is bevallen van een meisje.

„Het feit waarom de app. wil, dat hem in plaats van de bovenvermelde het getuigenbewijs zal worden opgelegd, komt mij echter ook nog al bedenkelijk voor. Het is dit: „dat de „gedaagde in de maand Nov. 1878 de echtelijke woning heeft „verlaten, en sedert daarin niet is teruggekeerd, ten einde „met een ander man in overspel te leven."

„In de eerste plaats toch doet weder het verlaten der echtelijke woning niets ter zake, evenmin het doel waarmede die is verlaten, wanneer dit niet door de daad is gevolgd, terwijl bovendien de uitdrukking overspel, mij toeschijnt meer een qualificatie dan een feit te zijn.

„Ik zou dus meenen dat in ieder geval het te bewijzen feit zoo zou moeten gewijzigd worden dat daarin werd uitgedrukt, dat de vrouw met een ander man vleeschelijke gemeenschap had gehad, of als man en vrouw heeft geleefd.

„Ik vermeen echter te moeten concludeeren dat de H.-R. den app. zal verklaren niet-ontvankelijk in zijn hooger beroep en hem veroordeelen in de kosten daarop gevallen."

ARREST. — De H.-R. d. Ned. — Op het beroep van, enz.;

„O., dat de oorspronkelijke vordering door den app. en geëxcipieerde voor het Hof van Justitie in Suriname ingesteld, strekt tot ontbinding van het tusschen hem en de geïnt° bestaand huwelijk, op grond van overspel, en veroordeeling der geïnt° in de kosten van het regtsgeding;

„dat het Hof bij vonnis dd. 31 Aug. 1883 den eischer heeft toegelaten, om door alle middelen regtens, ook door getuigen te bewijzen:

„1° dat zijne echtgenoote in de maand Nov. 1878 de echtelijke woning heeft verlaten en sedert niet in de echtelijke woning is teruggekeerd; 2° dat hij sedert de maand Nov. 1878 geen gemeenschap met haar heeft gehad, met bepaling dat de eischer hangende het geding aan de gedaagde maandelijks zal uitkeeren de som van ƒ 15, tot onderhoud van haar en de beide aan haar toevertrouwde kinderen en reserve der kosten;

„dat tegen deze uitspraak door den eischer op 14 April 1883 hooger beroep is aangeteekend, welk beroep is voortgezet bij exploit van 27 Nov. 1883;

„dat de app. bij memorie van grieven zijne bezwaren heeft ontwikkeld en geconcludeerd, dat voormelde uitspraak zal worden vernietigd en hij toegelaten om te bewijzen dat de gedaagde in de maand Nov. 1878 de echtelijke woning heeft verlaten en sedert daarin niet is teruggekeerd, ten einde met een anderen man in overspel te leven; kosten regtens;

„dat de geïnt° bij hare conclusie is begonnen met voortestellen eene exceptie van niet-ontvankelijkheid van het appèl, als volgens al. 2 van a. 1 van het Regl. van 1840, alleen toepasselijk in zaken, wier onderwerp de waarde van ƒ 1000 te boven gaat, en heeft geconcludeerd tot niet-ontvankelijk-verklaring van den app., met veroordeeling in de kosten, overigens ten aanzien van zijn conclusie omtrent

het interlocutoir gedeelte van het beklaagde vonnis zich gedragend aan 's H.-R.ˢ oordeel;

„dat de app. op grond, dat de aangehaalde bepaling is eene uitzondering op den algemeenen regel en dus van strikte toepassing, heeft geconcludeerd tot verwerping der exceptie, — kosten regtens;

„O., ten aanzien van het *regt:*

„dat volgens a. 1, al. 1, van het Regl. wegens het hooger beroep aan den H.-R. van vonnissen, in burgerlijke zaken gewezen door het Geregtshof in Suriname, vastgesteld bij Kon. besl. van 11 Jan. 1840, *St.* nº 1, en gehandhaafd bij de wet van 4 Apr. 1869, *St.* nº 36, het beroep van deze vonnissen alleen wordt toegelaten in zaken, welker onderwerp de geldswaarde van *f* 1000 te boven gaat, en hier dus de vraag te beslissen is, of zulks met de onderhavige zaak het geval is;

„dat deze vraag ontkennend moet beantwoord worden, omdat het onderwerp dezer vordering bestaat in de ontbinding van het tusschen partijen bestaand huwelijk, en dit belang, als niet in geld waardeerbaar, niet kan gezegd worden de geldswaarde van *f* 1000 te boven te gaan;

„Verklaart mitsdien den app. niet-ontvankelijk in zijn hooger beroep;

„Veroordeelt hem in de kosten daarop gevallen."

Nº 1905. — Arrest van 20 Junij 1884.

(A. 1952 in verband met a. 1902 en v. B.-W.; a. 56, 612 tot en met 614 B.-R.)

Bepaalt onze burgerlijke wet hoe vermoedens zelve moeten bewezen worden? — NEEN.

Is het fundamentum petendi *door het Hof hier wel degelijk bewezen verklaard?* — JA.

Behoefde, waar het bedrag van het in eersten aanleg toegewezen schadecijfer in hooger beroep niet is betwist en dus geen punt van geschil heeft uitgemaakt, dat in hooger beroep op nieuw te worden onderzocht. — NEEN.

Ten verzoeke van N. C., wonende te Maastricht en vertegenwoordigd door Mr. A. P. T. EIJSSELL, advocaat bij den H.-R., is gedagvaard de firma V. T. EN C°., bankiershuis te Luik, thans in liquidatie en voor zooveel noodig ook de heeren Q. en X. in hoedanigheid van liquidateuren derzelve vennootschap, beiden in België woonachtig, als hebbende genoemde N. C. beroep in cassatie ingesteld tegen het door het Geregtshof te 's Hertogenbosch op 27 Nov. ll. tusschen partijen gewezen arr., regtdoende ten principale de tegen den req. geïntroduceerde vordering niet heeft ontzegd en hij req. is veroordeeld in de proceskosten.

De volgende *middelen* van cassatie werden daarbij aangezegd: schending en verkeerde toepassing van de a. 1401, 1402, 1902, 1903, 1907, 1908, 1911, 1912, 1932 tot en met 1940, 1952 en 1959, alsook a. 1283 en 1284 B.-W., 56, 612—614 ingesloten B.-R., en bovendien, zooveel noodig, a. 156 Grw., a. 20 R.-O. en a. 59 B.-R.

„1° omdat het Hof de toewijzing van der verw^s vordering heeft gegrond op eene *gevolgtrekking* uit „al het bovenstaande," welke niet wettelijk bewezen is, vermits een deel van dat „bovenstaande" als bewezen wordt aangenomen op grond van andere dan wettige bewijsmiddelen;

„2° omdat, in plaats van het geconstateerd *fundamentum petendi, in facto* dat de eischer in cassatie zou hebben gepleegd gedragingen die aan de verw^s moesten doen gelooven dat de handteekening N. C. op bepaald aangeduide vijf wissels, in eigendom bij hen verw^s echt was, bewezen te vinden en te verklaren, en op grond van dit bewijs de actie tegen hem toetewijzen, — het Hof heeft bevestigd die door den eersten regter uitgesproken toewijzing, zonder dat uit het arr. van

behoorlijk en wettig bewijs voor dat *fundamentum petendi* blijkt;

„3° omdat, aangenomen zelfs in beginsel gehoudenheid van den eischer in cassatie wegens onregtmatige daad, het Hof een door verw[s] gevorderd schadecijfer toewijst, zonder dat blijkt van eenige justificatie van of bewijs voor dat cijfer;

„in elk geval, omdat op deze drie punten 's Hofs arr. niet, of niet genoegzaam met redenen is omkleed."

Tot toelichting van dit *middel* wordt in de dagvaarding voorts het volgende aangetroffen:

„Verw[s] in cassatie hebben volgens het beklaagde arr. geposeerd, te hebben geleden eene schade van 40.841 francs aan vijf wissels door zekeren v. H. getrokken, en dragende de acceptatie N. C.

„Zij stellen dat zij eigenaars van die vijf wissels geworden zijn door discontering aan den trekker v. H.; dat, toen trekker failliet was, zij geen betaling van die stukken hebben bekomen op grond van valschheid der acceptatie;

„en vorderen nu van eischer in cassatie, ofschoon niet uit den aard der zaak vreemd aan al deze handelingen, de wisselsommen met accessoria bij wijze van schadevergoeding wegens onregtmatige daad (*committendo* of *omittendo*), bestaande in „gedra„gingen van den eischer in cassatie, die aan de verw[s] moesten „doen gelooven dat de handteekening (acceptatie N. C. op die „wissels) echt was."

„Deze eisch is, na voorafgaande verwerping eener nietontvankelijkheid, toegewezen.

„Door „*al het bovenstaande*" komt het Hof tot de gevolgtrekking," dat C. wist, dat er op de verwerende firma door v. H. wissels werden getrokken, voorzien van zijne acceptatie; dat hij door zijne gedragingen verw[s] in den waan heeft gebragt dat die acceptatiën echt waren; daardoor (zoo luidt verder het arr.) heeft hij gepleegd eene onregtmatige daad, die hem verpligt de schade deswege aan de verw[s] toegebragt, te vergoeden.

„Voormelde „gevolgtrekking" nu kan geen stand houden, wanneer zij niet uit wettig bewezen feiten is afgeleid. Eischer zal doen blijken dat zulks niet het geval is;

„De onder „al het bovenstaande" zaamgevatte en als bewezen aangenomen punten zijn drie in getal: *a.* er blijkt dat eischer i. c. wist dat *op de firma A. R.* te Luik wissels werden afgegeven, voorzien van de valsche acceptatie van hem eischer; *b.* hetzelfde blijkt ten opzigte van *het huis* J. T.: (bij geen van beide beslissingen wordt *uitgemaakt* dat v. H. de trekker dier wissels was), en *c.* voor wat betreft de op gelijke wijs met de nu verwerende firma .gevoerde wissel-operatiën wordt aangenomen gelijke wetenschap van eischer i. c. ten aanzien van eene andere door hem 14 Apr. 1875 *betaalde* acceptatie van 7530 fr.

„Het bewijs van het tweede feit wordt o. a. geput uit een brief van 17 Mei 1875, *zelfs wanneer de onderteekening N. C. daarvan* VALSCH *ware.* Maar een onderhandsch geschrift levert, volgens a. 1912 B.-W., alleen bewijs tegen den *onderteekenaar:* bij valschheid der onderteekening, dus niet tegen den eischer. En deze fout in het bewijs wordt verergerd, in plaats van goed gemaakt, door de verdere redenering van het Hof, dat op dien brief noodwendig een antwoord moest volgen, niet aan den valschen onderteekenaar, maar aan het adres van N. C. te Maastricht. Het Hof maakt niet uit dat zoodanig antwoord gegeven is en door den eischer *ontvangen;* het verzuimt dus òf te motiveren òf redeneert voort op een feit ontbloot van alle bewijs.

„Is het bewijs van één der feitelijke elementen vervat onder „al het vorenstaande" gevitieerd, dan ontbeert noodwendig de gevolgtrekking uit dit *alles* den wettelijk vereischten grondslag.

„Maar *posito non concesso* dat 's Hofs basis deze kritiek kan doorstaan, dan staat vast wetenschap van den eischer i. c. aan drie zaken *buiten* den strijd van de partijen: zijne

wetenschap aan wind-operatiën met twee *andere* handelshuizen dan verw^s^, en zijne wetenschap aan de valschheid der acceptatie op een *anderen* wissel dan die *en cause:* op een wissel namelijk van 1875 en door C. *betaald*, terwijl hij wordt aangesproken ter zake van het gebeurde met veel recenter papier hetwelk *onbetaald* is gebleven. Blijkbaar kunnen drie zulke eiten niet strekken tot bewijs van het *probandum* van de tegenwoordige actie, die ontoewijsbaar is zóolang niet vaststaat, dat de eischer in cassatie door zijn gedragingen verw^sse^ heeft doen gelooven aan de echtheid der acceptatie op de vijf in de dagvaarding aangeduide, door haar gedisconteerde wissels. En zóózeer voelt het Hof het gewigt van dit bezwaar, dat het niet waagt de gevolgtrekking te maken, waarop het zou aankomen: geloof teweeg brengen aan *die vijf* acceptatiën.

„De uitgesproken gevolgtrekking neemt geene andere wetenschap van den eischer in cassatie aan dan deze gansch *ongespecialiseerde*, dat door v. H. op de verw^s^ wordt getrokken (wederom *ongespecialiseerde*) wissels, voorzien van de valsche acceptatie des eischers; dat eischer door zijne gedragingen de verw^s^ in den waan heeft gebragt dat die (geheel *ongespecificeerd* gelaten) acceptatiën echt waren, *kan* dus niet zijn *die* onregtmatige daad, welke hem verpligt om aan verw^s^ te vergoeden de schade door het disconteren van *vijf bij dagvaarding aangeduide* wissels overkomen.

„Toch is de ondubbelzinnige verklaring dat gedragingen, de verw^s^ in dwaling brengende omtrent *die vijf wissels*, in 's Hofs eigen stelsel onmisbaar, voor de ingestelde actie tot schadevergoeding *quasi ex delicto* toe te wijzen. Want het geloof wekken aan *die vijf* acceptatiën was bij dagvaarding tot *fundamentum petendi* gemaakt. Het Hof had dus òf terug te schrikken voor dit waagstuk om te proclameren dat het doen gelooven aan de echtheid van *andere* acceptatiën (het eenige bewezen verklaarde) genoegzaam was om den eischer aansprakelijk te stellen voor der verw^s^ geloof aan de

onderwerpelijke handteekeningen, òf onbewimpeld die gewaagde uitspraak te doen; — maar deze uitspraak nalaten, zich op het terrein der algemeenheden houden, en toch de actie toewijzen, *dat* heeft het Hof niet kunnen doen zonder schending van de wet.

„Dat, aangenomen eischers gehoudenheid in beginsel, omtrent de justificatie van het schadecijfer *niets* uit het arr. blijkt, en het dus op dit punt judiceert òf zonder bewijs, òf zonder motieven, behoeft geen uiteenzetting."

De dagvaarding voormeld strekte eindelijk „om op voor„schreven bij pleidooi nader te ontwikkelen gronden te hooren „vernietigen het beklaagde arr., en al naarmate de H.-R. die „vernietiging mogt uitspreken op grond van onvoldoende „motivering daarvan of wel op grond der overige bezwaren „van den eischer, *hetzij* de zaak te hooren verwijzen naar een „ander regtscollegie (alsdan met veroordeeling van verw^s^ in „de kosten van cassatie en reserve der overige kosten), *hetzij* „te hooren regtdoen ten gronde en den verw^s^ hunne tegen „den eischer ingestelde vordering wegens onregtmatige daad „te hooren ontzeggen, alsdan met veroordeeling van de verw^s^ „in al de kosten van het door hen veroorzaakte geding."

Bij conclusie van antwoord is door de verw^s^ in cassatie, vertegenwoordigd door Jhr. Mr. E. N. de Brauw, adv. bij den H.-R., het volgende ingebragt:

„A. de eischer in cassatie tegen het beklaagde arr. *één middel* van cassatie aanvoert verdeeld in drie onderdeelen, luidende enz.

„A. bij de wederlegging van dit *middel* duidelijk zal blijken dat de eischer in cassatie, hoezeer tal van a. aanhalende als geschonden en verkeerd toegepast, uitsluitend tegen feitelijke beslissingen opkomt;

„A. het eerste onderdeel van het *middel* het bewijs betreft en daarbij wordt beweerd dat de feiten, waaruit het Hof het bewijs der vordering heeft afgeleid, niet wettig bewezen waren;

„A. uit de toelichting van het *middel* blijkt dat de grieven daaromtrent zijn de volgende:

„*a.* dat bij de beslissingen omtrent de wisseloperatiën met de firma A. R. en den heer J. T. niet wordt uitgemaakt dat v. H. de trekker dier wissels was;

„*b.* dat bewijs wordt geput uit een brief van 17 Mei 1875, zelfs wanneer de onderteekening daarvan valsch ware, dus, naar eischer meent, in strijd met a. 1912 B.-W.;

„*c.* dat het niet is uitgemaakt dat het antwoord op bovengemelden brief door N. C. is ontvangen, en dat dus òf verzuimd is om te motiveren, òf wordt voortgeredeneerd op een feit ontbloot van alle bewijs;

„A. verw^{e} omtrent al deze punten doen opmerken dat de vordering bewezen is verklaard door *vermoedens;*

„A. niet wordt beweerd, dat bewijs door vermoedens niet toelaatbaar was;

„A. de beoordeeling der bewijskracht der vermoedens is overgelaten aan den *judex facti;*

„A. bij de wet niet is voorgeschreven hoe de daadzaken, waaruit de regter vermoedens put, bekend moeten zijn geworden;

„A. dus reeds daarom dit onderdeel van het *middel* met zijne drie grieven is onaannemelijk;

„A verw^{e} dan ook nog slechts behoeven optemerken omtrent grief *a:* dat de vraag of het feit dat v. H. de trekker der wissels was, waarin A. R. en T. betrokken waren, had behooren te zijn gebleken, in cassatie niet kan behandeld worden; dat bovendien die grief steunt op een feitelijk onjuisten grondslag, gelijk blijkt, voor de beide bankiershuizen, uit de 4^{e} overw. *quoad jus*, en nog bepaaldelijk voor het huis A. R. uit de 6^{e} overw. *quoad jus*, en voor den heer T. uit de 7^{e} overw. *quoad jus;*

„ten opzigte van grief *b*, dat uit de geheele 7^{e} overw. *quoad jus* duidelijk blijkt dat de brief tegen den eischer in

cassatie niet als bewijs is gebezigd in den zin van a. 1912 B.-W., namelijk als bewijs van den inhoud daarvan, maar dat het feit, dat de heer T. dien brief heeft ontvangen, wordt gebezigd als vermoeden, terwijl het Hof nog ten overvloede, in het slot dier overw. motiveert, waarom het dat feit als een gewigtig vermoeden beschouwt; dat bovendien a. 1912, handelende over schriftelijk, d. i. regtstreeksch bewijs, niet kan geschonden zijn daar, waar regt is gedaan op vermoedens;

„omtrent grief *c:* dat de verdere redenering van het Hof, die door eischer wordt aangevallen, eenvoudig is het motief waarom gewigt wordt gehecht aan het feit dat de heer T. den bovenbedoelden brief heeft ontvangen, waartegen in cassatie niet kan worden aangekomen;

„A. bij het tweede onderdeel van het *middel* wordt beweerd, dat uit het arr. niet blijkt van behoorlijk en wettig bewijs voor het *fundamentum petendi*, dat de gedragingen van den eischer de verw^{e} moeten doen gelooven aan de echtheid van de handteekening N. C. op vijf wissels, terwijl slechts gebleken is van wetenschap der eischers in cassatie aan de valschheid van zijn handteekening op andere wissels;

„A. eischer hier den zeer duidelijken en juisten gedachtengang van vonnis en arr. uit elkander rukt en geheel onjuist voorstelt;

„A. toch uit de 8^{e} overw. *quoad jus* in verband met de 9^{e}, en niet het minst uit de verwijzing in de 9^{e} overw. naar de gevolgtrekking der regtb. ten duidelijkste blijkt dat het Hof, sprekende van de wissels en de acceptatie daarop, bedoelt al de wissels door v. H. getrokken, voorzien van de acceptatie N. C.

„A. dus het Hof bewezen acht, dat eischer in cassatie door zijne gedragingen de verw^{e} in den waan heeft gebragt dat de acceptatiën op al die wissels, en dus ook op de vijf laatste, waren echt;

„A. nu wel de vermoedens waaruit het Hof dit bewijs put, betrekking hebben op vroegere wissels, doch de *judex facti* volkomen vrij is in de beoordeeling van het gewigt der omstandigheden, welke hij als vermoedens bezigt, en bovendien vermoedens juist gevolgtrekkingen zijn, welke uit *bekende* tot *onbekende* daadzaken worden afgeleid;

„A. de H.-R., indien hij het gewigt der gebezigde vermoedens mogt beoordeelen, zeer zeker ook daaromtrent het gevoelen van het Hof zou deelen, daar toch uit den aard der zaak iemand die eene handteekening, al ware het slechts op één stuk, behandelt als ware zij de zijne, en een ander in den waan brengt dat die de zijne is, de oorzaak is dat dezelfde handteekeningen ook op latere stukken te goeder trouw door dien ander er voor gehouden worden door hem te zijn gesteld;

„A. bij het *derde* onderdeel wordt geklaagd over niet-motivering van het toegewezen schadecijfer, doch eischer in cassatie vergeet vooreerst, dat dit nimmer, zelfs in eersten aanleg niet is betwist; ten tweede, dat het bevestigde vonnis dit wel degelijk gemotiveerd heeft; ten derde, dat het arr. slechts behoeft te motiveeren de geschilpunten door de partijen in appèl ter sprake gebragt, en dan ook in de 3e overw. *quoad jus* wordt geconstateerd wat in appèl uitsluitend de vraag was; terwijl bovendien bij het beklaagde arr., dat tal van motieven bevat, a. 20 R.-O. niet kan geschonden zijn, omdat het niet zoo volledig is gemotiveerd als de thans eischer in cassatie dat schijnt te wenschen;

„zoo concludeert Jhr. Mr. E. N. de Brauw qq. tot verwerping van het beroep in cassatie, met veroordeeling van den eischer in de kosten."

In deze zaak heeft de Adv.-G. van Maanen, namens den Proc.-G., de volgende conclusie genomen:

„Het *eenig middel* van cassatie heet: schending en verkeerde toepassing van de a. 1401, 1402, 1902, 1903, 1907,

1908, 1911, 1912, 1932—1940, 1952, 1959, 1283 en 1284 B.-W.; a. 58, 59, 612—614 B.-R., a. 156 Grw. en a. 20 R.-O.

„De eerste grond, waarop dit *middel* berust is, dat het Hof de toewijzing der vordering heeft gegrond op eene *gevolgtrekking* uit *al het vorenstaande*, terwijl een deel van dat *bovenstaande* wordt aangenomen op grond van andere dan wettige bewijsmiddelen.

„De drie grieven ten aanzien van het bewijs zijn *a.* dat de eischer in cassatie wist, dat op de firma's A. R. te Luik en het huis J. T. wissels werden afgegeven voorzien van de valsche acceptatie van hem eischer, ofschoon daarbij niet werd uitgemaakt dat v. H. de trekker der wissels was; *b.* dat zulks ten aanzien van het huis T wordt bewezen door een brief van 17 Mei 1875, onderteekend „C." zelfs wanneer de onderteekening valsch was, in strijd met a. 1912 B.-W., terwijl niet is uitgemaakt dat het antwoord op dien brief werkelijk *is* ontvangen; *c.* dat gelijkerwijs door een brief als bewezen wordt aangenomen de wetenschap van den eischer omtrent de valsche handteekening, ten aanzien der door hem op 14 Apr. 1875 aan de nu verwerende firma betaalde acceptatie groot 7530 francs.

„De ingestelde vordering wordt met juistheid en geheel overeenkomstig de oorspronkelijke dagvaarding (prod. n° 1) in 's Hofs arr. aldus weergegeven, dat de actie tot betaling van ruim 40 000 francs is ingesteld, op grond, dat de eischende firma in het bezit was van vijf wissels tot gezegd gezamenlijk bedrag, vóór zijn faillissement getrokken door v. H. en geaccepteerd door C.; dat de firma, overtuigd van de echtheid der handteekening van C. daarvoor aan v. H. geldswaarde heeft gegeven; dat de betaling der wissels evenwel door C. is geweigerd, omdat zijne handteeking was nagemaakt; dat C. door zijne gedragingen, die de firma moesten doen gelooven dat de handteekening echt was, heeft gepleegd

eene onregtmatige daad of wel grove nalatigheid en onvoorzigtigheid, welke der firma groote schade heeft toegebragt, en welke de nu eischer in cassatie gehouden is te vergoeden.

„De aan de feiten gegeven qualificatie van onregtmatige daad is door den eischer niet bestreden; het *middel* is gerigt tegen het bewijs der feiten.

„Het bewijsmiddel uitsluitend door het Hof gebezigd is dat van vermoedens en wel van niet-wettelijke, eenvoudige vermoedens, *praesumptiones hominis facti*, bedoeld in a. 1959 B.-W.

„Deze zijn volgens a. 1903 B.-W. op zich zelve een bewijsmiddel; zij zijn gevolgtrekkingen uit eene bekende tot eene onbekende daadzaak afgeleid; hoe de bekende daadzaak ter kennis van den regter komt, doet niet ter zake, omdat de wet nergens leert hoe vermoedens zelve moeten bewezen worden; een voorschrift als van a. 443 Sv wordt in het B.-W. niet aangetroffen. De beoordeeling nu der bewijskracht van vermoedens is geheel aan den *judex facti* overgelaten, en voor geen onderzoek in cassatie vatbaar; reeds daarom is dit onderdeel van het *middel* ongegrond.

„Maar bovendien zijn de grieven ongefundeerd.

„Ten aanzien van *a* toch blijkt uit de 4°, 6° en 7° overw. dat v. H. de trekker der wissels was; daargelaten dat dit punt in cassatie niet kan worden onderzocht, is het bezwaar feitelijk onjuist.

„Wat de grief *b* aangaat, is het als geschonden aangehaald a. 1912 B.-W. niet toepasselijk bij dit soort van bewijs; dat a. ziet op regtstreeksch bewijs, niet op bewijs door vermoedens; voorts is de inhoud van den brief zelven niet als bewijsmiddel aangewend, maar het feit, dat J. T. den brief heeft ontvangen en dat C. het daarop verlangde antwoord heeft *moeten* krijgen, zijnde dit laatste eene geoorloofde gevolgtrekking uit de woorden „*accusez moi réception.*"

„En hetzelfde geldt ten aanzien van grief *c.*, betreffende de handelsoperatie van v. H. met de firma S., welke door

den eischer in cassatie ontkend, evenwel is bewezen; immers na betaling eener acceptatie groot *f* 7530 heeft hij het stuk bij aangeteekenden brief ontvangen en is hem die brief persoonlijk overhandigd; die feiten in hun geheel genomen zijn door den feitelijken regter aangenomen als een vermoeden voor de wetenschap van C., dat ook met gezegde firma hetzelfde ten aanzien zijner handteekening geheurde, als met de beide andere kantoren. Vgl. hierover arr. H.-R. 19 Junij 1863 (V. D. HON. *B.-R.* XXVII, 426 en 433); 5 Apr. 1872 (V. D. HON. *B.-R.* XXXVII, 46 en 50, beide niet in de *Rspr.* opgenomen), en 3 Junij 1881 (*Rspr.* CXXVIII, 169 en 173; V. D. HON. *B.-R.* XLVI, 391; *Themis* 1852, 242, volg.)

„De tweede grond tot staving van het *cassatie-middel* aangevoerd luidt aldus: dat in plaats van het geconstateerde *fundamentum petendi in facto*, dat de eischer in cassatie zou hebben gepleegd gedragingen die aan de verw. moesten doen gelooven, dat de handteekening N. C. op bepaald aangeduide vijf wissels in eigendom bij haar verw^sse, bewezen te bevinden en te verklaren en op grond van dit bewijs de actie toe te wijzen, zonder dat uit het arr. van behoorlijk en wettig bewijs van dat *fundamentum petendi* blijkt.

„Het bezwaar komt hierop neder, dat de basis der actie was dat de handelingen van C. moesten doen gelooven aan de echtheid der handteekening op de vijf wissels, terwijl slechts gebleken is van zijne wetenschap aan valschheid op andere wissels.

„Gelijk reeds gezegd is, blijkt uit de overw^n *quoad facta* dat de grondslag der actie was de handelwijze van C. ten aanzien van de handelsoperatiën door v. H. met verschillende huizen gedaan, die deden gelooven dat zijne handteekening op de wissels echt was; de vroegere gedragingen waren de onregtmatige daad tegenover de eischende firma, het *fundamentum petendi*.

„De gedachtengang van het arr. is ten duidelijkste, dat blijkens de gedragingen van C. ten aanzien van wissels, waaromtrent zijne wetenschap van de valschheid der handteekening was gebleken, de firma T. in den waan is gebragt, dat de acceptatie niet alleen op die, maar op al de wissels echt waren; de 9e overw. zegt uitdrukkelijk „dat er op „de eischende firma door v. H. *wissels* (niet één wissel) „werden getrokken, voorzien van de valsche handteekening „van hem appellant."

„Bovendien is het den *judex facti* volkomen geoorloofd vermoedens te putten uit feiten, betrekking hebbende op vroegere wissels, en uit de daaromtrent bekende daadzaken gevolgtrekkingen te maken ten opzigte van latere gelijksoortige wissels.

„Het voorbeeld van een vader die een valschen wissel voor zijn zoon betaalt, is niet afdoende, omdat de wet den regter niet gebiedt dergelijke gedraging als een vermoeden aan te nemen, en wat in het eene geval en door den eenen regter als een vermoeden wordt aangemerkt, in een ander geval en voor een ander niet als zoodanig behoeft te gelden.

„De laatste grond is, omdat, aangenomen zelfs in beginsel des eischers gehoudenheid wegens onregtmatige daad, het Hof toewijst een gevorderd schade-cijfer, zonder dat blijkt van eenige justificatie of bewijs voor dat cijfer.

„Uit het arr. blijkt niets van eenige betwisting van het in eersten aanleg toegewezen schade-cijfer; bij de 10e overw. van het bevestigde vonnis wordt de toegebragte schade berekend, en dat cijfer behoefde in hooger beroep niet opnieuw gejustificeerd te worden, nu het niet als een punt van geschil aan het oordeel van den hoogeren regter onderworpen was geworden.

„Ik heb de eer te concluderen tot verwerping van de ingestelde voorziening in cassatie, met veroordeeling van den eischer in de kosten."

ARREST. — De H.-R. d. Ned. — Op het beroep van, enz ;

„O., dat als *eenig middel* van cassatie is voorgesteld: schending en verkeerde toepassing van de a. 1401, 1402, 1902, 1903, 1907, 1908, 1911, 1912, 1932 tot en met 1940, 1952 en 1959, alsook 1283 en 1284 B.-W. en a. 56, 612 tot en met 614 B.-R., en bovendien, voor zooveel noodig, a. 156 Grw., a. 20 R.-O. en a. 59 B.-R :

„1° omdat het Hof de toewijzing van des verw• vordering heeft gegrond op eene *gevolgtrekking* uit „*al het bovenstaande*", welke niet wettiglijk bewezen is, vermits een deel van dat „bovenstaande" als bewezen wordt aangenomen op grond van andere dan wettige bewijsmiddelen;

„2° omdat in plaats van het geconstateerd *fundamentum petendi in facto*, dat de eischer in cassatie zou hebben gepleegd gedragingen die aan de verw• moesten doen gelooven, dat de handteekening N. C. op bepaald aangeduide vijf wissels, in eigendom bij hen verw•, echt was, bewezen te bevinden en te verklaren en op grond van dat bewijs de actie tegen hem toe te wijzen, het Hof heeft bevestigd die door den eersten regter uitgesproken toewijzing, zonder dat uit het arr. van behoorlijk en wettig bewijs voor dat *fundamentum petendi* blijkt;

„3° omdat, aangenomen zelfs in beginsel gehoudenheid van den eischer in cassatie wegens onregtmatige daad, het Hof een door verw• gevorderd schade-cijfer toewijst, zonder dat blijkt van eenige justificatie van- of bewijs voor dat cijfer; in elk geval omdat op deze drie punten 's Hofs arr. niet of niet genoegzaam met redenen is omkleed;

„O. ten aanzien van het 1• gedeelte van dit *middel*, dat de vordering is bewezen verklaard door vermoedens, volgens a. 1952 B.-W., gevolgtrekkingen uit eene bekende tot eene onbekende daadzaak, waarvan de bewijskracht aan de beoordeeling des regters is overgelaten, terwijl ook nergens in het B.-W. is bepaald, hoe de daadzaak waaruit de regter de

gevolgtrekking maakt, te zijner kennis moet zijn gekomen;

„O. dat de regter mitsdien door het bewezen verklaren der vordering op grond van vermoedens geen der aangehaalde a. kan hebben geschonden of verkeerd toegepast, zoodat het 1° onderdeel van het *middel* is ongegrond;

„O. ten aanzien van het 2° onderdeel van het *middel*, dat dit steunt op eene onjuiste voorstelling van het arr.; dat toch bij dat arr. klaarblijkelijk is aangenomen, dat de firma T. door de gedragingen van C. ten aanzien van wissels, waarop zijne acceptatie, welke hij wist dat valsch was, voorkwam, is in den waan gebragt dat de acceptatie niet alleen op die wissels, maar ook op de anderen echt waren, zoodat het *fundamentum petendi* door het Hof wel degelijk bewezen is verklaard;

„O. ten aanzien van het 3° onderdeel van het *middel*, dat het bedrag van het in eersten aanleg toegewezen schadecijfer in hooger beroep niet is betwist en dus geen punt van geschil heeft uitgemaakt, zoodat het in hooger beroep niet opnieuw behoefde te worden onderzocht;

„O., dat mitsdien ook dit onderdeel van het aangevoerde *middel* is ongegrond, en uit het vorenstaande tevens volgt, dat 's Hofs arr., voor zooveel dat noodig was, genoegzaam met redenen is omkleed:

„Verwerpt de voorziening;

„Veroordeelt den eischer in de kosten, in cassatie gevallen."

N°. 1906 — Arrest van 20 Junij 1884.

(A. 228 B.-W.)

Is dit a. geschonden of verkeerd toegepast, door te beslissen, dat als buitensporigheden *slechts kunnen worden beschouwd handelingen, gepleegd met het gevolg, dat daardoor aan den anderen echtgenoot een regtstreeksch nadeel wordt veroorzaakt?* — Neen.

S. C., zonder beroep, wonende te Zierikzee, echtgenoot van W. v. S., ten deze vertegenwoordigd door Jhr. Mr. J. E. SCHUURBEQUE BOEYE, adv. bij den H.-R., heeft zich in cassatie voorzien tegen een arr. van het Geregtshof te 's Gravenhage van 22 Oct. 1883, tusschen partijen gewezen, en den verw. in cassatie W. v. S. voornoemd doen dagvaarden ten einde tegen gezegd arr. als *middel* van cassatie te hooren aanvoeren: schending en verkeerde toepassing van a. 288 B.-W., daar bij het arr. is beslist: 1° dat door mishandeling slechts is te verstaan ligchamelijk leed; 2° dat als buitensporigheden slechts kunnen worden beschouwd handelingen gepleegd met het gevolg, dat daardoor aan de andere echtgenoot een regtstreeksch nadeel wordt berokkend, en op grond waarvan de vordering der eisch^sse^ tot scheiding van tafel en bed is ontzegd, ofschoon als bewezen is aangenomen, dat de verw. zich herhaaldelijk aan dronkenschap heeft schuldig gemaakt; zijnde bovendien bij het voormelde vonnis, waarmede het Hof zegt zich geheel te vereenigen, als bewezen aangenomen, dat de eisch^sse^ een moeijelijk leven had en in den laatsten tijd in een zeer overprikkelden en lijdenden toestand verkeerde.

„en op grond van dit *middel* te hooren eischen, dat het den H.-R. moge behagen het bestreden arr. benevens het daarbij bevestigde vonnis te vernietigen en ten principale regt doende, den door de eisch^sse^ in eersten aanleg gedanen eisch alsnog toetewijzen en mitsdien tusschen haar en den verw. scheiding van tafel en bed uittespreken en te bevelen, dat de vier kinderen bij de eisch^sse^ zullen verblijven, met veroordeeling van den verw. in de proceskosten."

Voor den verw. in cassatie, vertegenwoordigd door Mr. A. M. VAN STIPRIAAN LUÏSCIUS, advocaat bij den H.-R., is ter teregtzitting van den H.-R. daarop de volgende conclusie van antwoord genomen:

„A. het in deze voorgesteld *eenig middel* van cassatie

luidt: schending en verkeerde toepassing van a. 288 B.-W., daar bij het vonnis is beslist: 1° dat door mishandeling slechts is te verstaan ligchamelijk leed; 2° dat als buitensporigheden slechts kunnen worden beschouwd handelingen gepleegd met het gevolg, dat daardoor aan de andere echtgenoot een regtstreeksch nadeel wordt berokkend en op grond waarvan de vordering der eisch^{sse} tot scheiding van tafel en bed is ontzegd, ofschoon als bewezen is aangenomen, dat de verw. zich herhaaldelijk aan dronkenschap heeft schuldig gemaakt, zijnde bovendien bij het voormeld vonnis, waarmede het Hof zegt zich geheel te vereenigen, als bewezen aangenomen, dat de eisch^{sse} een moeijelijk leven had en in den laatsten tijd in een zeer overprikkelden en lijdenden toestand verkeerde;

„A., bij het arr. *a quo* als bewezen is aangenomen en *alleen* als bewezen is aangenomen: „dat de geïntim^e (nu verw.) „inzonderheid in het laatste jaar zijner zamenwoning met de „app^e (eisch^e in cassatie) dagelijks eene vrij groote hoeveelheid „sterken drank gebruikte en nog al eens in meer of min be„schonken toestand verkeerde, alsook, dat hij tweemaal in „vergevorderden staat van dronkenschap in zijnen winkel heeft „gestaan, onbekwaam om de menschen te helpen, en een „dier keeren op de stoep is geweest, waar hij toen is gevallen;"

„A. het Hof hierbij nog nader heeft aangewezen dat hier slechts sprake was „van het zich van tijd tot tijd bevinden „in staat van dronkenschap en geenszins van het zich voort„durend aan dronkenschap schuldig maken" en dat niet is gebleken, dat „die handelingen door den geïntim^e (nu verw.) „waren gepleegd met het gevolg, dat daardoor aan de app^e „(nu eisch^e in cassatie) een regtstreeksch nadeel werd ver„oorzaakt;"

„A. bepaaldelijk *niet*, gelijk bij het *cassatie middel* wordt „beweerd, bewezen is verklaard bij 's Hofs arr., „dat de „eisch^e een moeijelijk leven had en in den laatsten tijd in een „zeer overprikkelden en lijdende toestand verkeerde," en

allerminst, dat zoodanige toestand het gevolg zou zijn geweest van des nu verw^{e} voormelde handelingen;

„A. nu, ofschoon deze handelingen zeer zeker waren verkeerd, a. 288 B.-W. noch geschonden, noch verkeerd toegepast is door 's Hofs oordeel, dat in die handelingen *niet* gelegen waren buitensporigheden, of mishandelingen, door den nu verw. jegens de nu eisch^{sse} begaan;

„A. derhalve het *cassatie-middel* is ongegrond;

„A. al ware dit anders, dan nog daarvan het gevolg niet zou kunnen zijn, de regtspraak ten principale, gelijk die door de eisch^{sse} in cassatie wordt gevorderd;

„Zoo concludeert Mr. A. M. VAN STIPRIAAN LUÏSCIUS qq. dat bij arr. van den H.-R. der Ned. de ten deze ingestelde voorziening in cassatie zal worden verworpen, met veroordeeling van de eisch^{sse} in cassatie in de kosten van cassatie."

In deze zaak heeft de Adv. G. SMITS, namens den Proc.-G., de volgende conclusie genomen:

„Als *cassatie-middel* is ten deze voorgesteld: schending en verkeerde toepassing van a. 288 B.-W., daar bij het arr. is beslist:

„1° dat door mishandeling slechts is te verstaan ligchamelijk leed; 2° als buitensporigheden slechts kunnen worden beschouwd handelingen gepleegd met het gevolg, dat daardoor aan den anderen echtgenoot een regtstreeksch nadeel wordt berokkend en op grond waarvan de vordering der eisch^{sse} tot scheiding van tafel en bed is ontzegd, ofschoon als bewezen is aangenomen dat de verw. zich herhaaldelijk aan dronkenschap heeft schuldig gemaakt, zijnde bovendien bij het voormelde vonnis, waarmede het Hof zegt zich geheel te vereenigen, als bewezen aangenomen dat de eisch^{sse} een moeijelijk leven had en in den laatsten tijd in een vrij overprikkelden en lijdenden toestand verkeerde.

„De eisch^{sse} heeft, op grond van het 2^{e} lid van a. 288 B.-W., eene vordering ingesteld tot scheiding van tafel en bed.

„Het Hof nam als door de verklaringen der getuigen zoo bij de enquête als de contre-ênquete gehoord, in slotsom bewezen aan: dat de geïnt. (nu verw.) inzonderheid in het laatste jaar zijner zamenwoning met de nu eisch^sse, dagelijks een vrij groote hoeveelheid sterken drank gebruikte en nogal eens in min of meer beschonken toestand verkeerde, alsook dat hij twee malen in ver gevorderden staat van dronkenschap in zijnen winkel heeft gestaan, onbekwaam om de menschen te helpen en een dier keeren op den stoep is geweest, waar hij toen is gevallen.

„In de 4^e overw. wordt het karakter van het misbruik van sterken drank, waaraan de verw. zich heeft schuldig gemaakt, nader gepreciseerd door de beslissing: dat hier slechts sprake is van het zich *van tijd tot tijd* bevinden in staat van dronkenschap en *geenszins* van het zich *voortdurend aan dronkenschap schuldig maken.*

„Het Hof was van meening, dat deze feiten in den zin der wet niet daarstellen mishandeling en ook niet konden beschouwd worden als buitensporigheden door den nu verw. tegen de eisch^sse begaan.

„Ik kan mij met die zienswijze wel vereenigen.

„Dat hier aan *mishandeling* zou te denken vallen is bij pleidooi niet nader aangedrongen, en inderdaad, zonder geweld aan de uitdrukking aan te doen, zijn de bewezen feiten daaronder niet te brengen.

„Wat de buitensporigheden van a. 288 betreft, men weet dat de opvatting van dat woord door de verschillende schrijvers en regtscollegiën zeer uiteenloopend is.

„Terwijl prof. Diephuis (*N. B.-Regt*, 2^e uitg., II, § 161, p. 63; *Systeem* IV. 456 vlg) meent dat men onder buitensporigheden en mishandelingen moet verstaan hooggaande mishandelingen (*la violence du corps*) in tegenstelling van de *beleedigingen* (*la violence des sentiments*) in hetzelfde a. opgenoemd, zoodat in den zin van het a. zelfs *gedurige* dronken-

schap nimmer onder het begrip van *buitensporigheid* zou vallen, kent Prof. OPZOOMER (*B.-W.* II, 2e uitg., bl. 102 volg.) aan die uitdrukking eene zeer ruime beteekenis toe, naar aanleiding van de etymologie van het woord, zonder op de geschiedenis der bepaling of de bedoeling des wetgevers te letten, en vindt *buitensporigheid* in iedere onbehoorlijke handeling door den eenen echtgenoot tegen den anderen begaan. Het is merkwaardig dat de schrijver zelf bekent, dat zijne uitlegging is in strijd met de bedoeling des wetgevers, met de behoeften der maatschappij en met de jurisprudentie (*l.l.* p. 110 en 114).

„Ik zoude niet zoover willen gaan als Prof. DIEPHUIS, maar kan aannemen, dat er naast de eigenlijke mishandelingen nog ergerlijke feiten kunnen bestaan, die onder de *buitensporigheden* van het a. worden gerangschikt.

„Is hieronder ook dronkenschap begrepen?

„Voorzeker is dronkenschap in zekeren zin eene buitensporigheid, maar men moet in aanmerking nemen, dat volgens a. 288 de buitensporigheid moet begaan zijn *door den eenen echtgenoot jegens den anderen*, want dat deze slotwoorden de geheele bepaling beheerschen, daaromtrent bestaat geen verschil van gevoelen. En dan is er veel te zeggen voor de meening van hen (o. a. Mr. C. ASSER, *Handl. tot beoef. van het Burg. regt* I, 293), die *daarom* zelfs *voortdurende* dronkenschap niet onder het begrip van buitensporigheden van a. 288 willen brengen.

„Maar er is hier geen sprake van *voortdurende* dronkenschap of *gewoonte* van dronkenschap, die men, volgens het ontwerp van de Drankwet onder de redenen van echtscheiding wilde rangschikken; dit wordt uitdrukkelijk beslist bij de 4e overw. van het arr.; maar slechts van het zich van tijd tot tijd bevinden in staat van dronkenschap, welke feiten, zooals het Hof in de 5e overw. uitmaakt, niet gebleken zijn het gevolg te hebben gehad dat daardoor aan de nu eischeres regtstreeksch nadeel is toegebragt, zoodat die niet kunnen

geacht worden door den nu verw. te zijn begaan jegens de nu eisch^{sse} (4^e overw.). En voor zoover die beslissingen niet *geheel* facti mogten zijn, als betreffende eene feitelijke appreciatie, zijn zij m. i. juist.

„Zoover is men geloof ik ook nimmer gegaan om aan misbruik van sterken drank onder zulke omstandigheden het karakter voor de buitensporigheid van a. 288 toe te kennen.

„Het Hof van Groningen (waarop men zich beroept) nam wel aan, dat onder het woord „buitensporigheden" moesten begrepen worden: *gedurige* en *doorgaande* dronkenschap en *daardoor te weeg gebragte doorbrenging van de goederen en verwaarloozing van zaken*, maar ik vermeen, dat zelfs prof. OPZOOMER blijkens noot 3, p. 112 ll., zoo geen doorbrenging van goed de doorgaande dronkenschap vergezelde, in laatstgemelde op zich zelve de buitensporigheid *door den eenen echtgenoot tegen den anderen begaan*, van a. 288 *niet* zou zien.

„Ten slotte nog dit. Aan het eind van het *middel* wordt gewezen op twee feiten, die men beweert dat door het Hof uit het bevestigde vonnis zijn overgenomen, en wel zoo het schijnt om aan te toonen, dat de buitensporigheden hier door den nu verw. tegen de eisch^{sse} zijn begaan, nl. dat de eisch^{sse} een moeijelijk leven had en dat zij in den laatsten tijd in zeer overprikkelden en lijdenden toestand verkeerde.

„Ik twijfel er zeer aan of niet *al* het feitelijke wat het Hof overnam is geresumeerd in de 1^e en 4^e overw., zooals ik die hierboven mededeelde. Indien het Hof echter de feiten vermeld in de 8^e en 11^e overw. van het vonnis, overnam, dan is daaruit toch voor het stelsel van de nu eisch^{sse} niet te redeneeren, want in beide overwⁿ is uitdrukkelijk uitgemaakt, zoowel ten aanzien van het moeijelijk leven als van den overprikkelden toestand van de eisch^{sse}, dat niet is bewezen dat dit een en ander het gevolg is geweest van de buitensporigheden van den nu verw.

„Ik heb de eer te concluderen tot verwerping der voor-

ziening, met veroordeeling van de eisch^{sse} in de kosten."

ARREST. — De H.-R. d. Ned. — Op het beroep van, enz.;

„O., dat als *middel* van cassatie is voorgesteld: schending en verkeerde toepassing van a. 288 B.-W., daar bij het arr. is beslist: 1° dat door mishandeling slechts is te verstaan ligchamelijk leed, en 2° dat als buitensporigheden slechts kunnen worden beschouwd handelingen gepleegd met het gevolg dat daardoor aan den anderen echtgenoot een regtstreeksch nadeel wordt berokkend, en op grond waarvan de vordering der eisch^{sse} tot scheiding van tafel en bed is ontzegd, ofschoon als bewezen is aangenomen, dat de verw. zich herhaaldelijk aan dronkenschap heeft schuldig gemaakt, zijnde bovendien bij het vonnis der arr.-regtb. te Zierikzee van 4 Apr. 1882, waarmede het Hof zegt zich geheel te vereenigen, als bewezen aangenomen, dat de eisch^{sse} een moeijelijk leven had en in den laatsten tijd in zeer overprikkelden en lijdenden toestand verkeerde;

„O. in de eerste plaats omtrent de door het Hof toegekende beteekenis aan het woord *mishandelingen* in genoemd wetsa., dat, ook al mogt, wat de eisch^{sse} in gebreke is gebleven aan te toonen, daaronder niet enkel verstaan moeten worden het aandoen van ligchamelijk leed, dronkenschap op zich zelve in elk geval niet is aan te merken als eene bij dat a. gevorderde handeling van den eenen jegens den anderen, maar slechts als eene misdraging ten opzigte van den persoon zelven die zich daaraan schuldig maakt;

„O. voorts ten opzigte der beweerde grief omtrent de beteekenis bij het arr. aan het woord *buitensporigheden* gehecht, dat 's Hofs beslissing niet zoozeer dáárop gegrond is, als wel op het vereischte der wet dat ook die buitensporigheden door den eenen echtgenoot jegens den anderen begaan zijn;

„O. nu, dat daaromtrent het Hof teregt overwoog, dat niet voldoende is dat door die handelingen indirecte benadeeling der eisch^{sse} *kan* zijn ontstaan, doch dat zou moeten

vaststaan, dat die handelingen door den verw. waren gepleegd met het gevolg dat daardoor aan de eisch^{sse} een regtstreeksch nadeel *werd* veroorzaakt, waarvan volgens het Hof *in casu* niets is gebleken;

„O. dat op deze laatste feitelijke beslissing in cassatie niet kan worden teruggekomen, en de H.-R. in geen onderzoek kan treden in hoeverre het tegendeel uit andere gegevens in het voorhanden geval mogt zijn af te leiden;

„Verwerpt het beroep;

„Veroordeelt de eisch^{sse} in de kosten, daarop gevallen."

N° 1907 — Arrest van 20 Junij 1884.

(A. 1839 B. W.)

Heeft het Hof ten onregte onbeslist gelaten of de regtsbetrekking tusschen partijen moet worden beschouwd als die tusschen kooplieden welke uithoofde hunner handelsbetrekkingen over en weer staan in rekening courant dan wel als eenvoudig die tusschen lastgever en lasthebber? — JA.

Is de lastgever bevoegd, ook bij reconventioneele vordering, het in wettelijken vorm afleggen eener rekening en verantwoording van den lasthebber te eischen? — JA.

De naamlooze vennootschap De Nijmeegsche Kunstboterfabriek „Batavia," gevestigd te Nijmegen, thans in liquidatie, vertegenwoordigd door Mr. A. M. VAN STIPRIAAN LUÏSCIUS, adv. bij den H.-R., heeft zich in cassatie voorzien tegen een arr. van het Geregtshof te Arnhem van 2 Jan. 1884 tusschen partijen gewezen, in hooger beroep van een vonnis der arr.-regtb. te Arnhem van 5 April 1883, en den verw. in cassatie doen dagvaarden voor den H.-R., ten einde:

„A. als *middel* van cassatie wordt voorgesteld: schending en verkeerde toepassing van de a. 1829, 1839, 1845,

1846 en 1847 B.-W. en de a. 771, 772, 774 en volgende tot en met 783 B.-R., omdat het beklaagde arr. bij geschil tusschen lastgever en lasthebber omtrent het door den een aan den ander per saldo verschuldigde, heeft voorbijgegaan de bereidverklaring en het aanbod, subsidiair door de verw^sse in cassatie gedaan, en de eisch^sse in cassatie heeft verklaard niet-ontvankelijk in hare reconventioneele vordering, een en ander strekkende tot het door de nu verw^sse als lasthebster, doen van rekening en verantwoording overeenkomstig de aangehaalde a. van laatstgemeld wetb., en, niettegenstaande bereidverklaring, aanbod en vordering hiervoren bedoeld, de nu verw^sse heeft geoordeeld ontvankelijk om bij rauactie het saldo eener door haar bij dagvaarding beteekende rekening op te vorderen;

„bij arr. van den H.-R. der Ned. te hooren vernietigen voormeld arr. van het Geregtshof te Arnhem van 2 Jan. 1884, alsmede het daarbij bevestigde vonnis van de arr.-regtb. te Arnhem van 5 Apr. 1883, en de zaak te hooren terugwijzen naar welgemeld Geregtshof, ten einde, met inachtneming van 's H.-Rs. te wijzen arr., verder te worden behandeld en beslist, alles met veroordeeling van de verw^sse in cassatie in de kosten van eersten aanleg, appel en cassatie."

Voor de verw^sse in cassatie, de firma C. S. & Co., kooplieden te Londen, vertegenwoordigd door Mr. Vlielander Hein, is de volgende conclusie van antwoord voorgedragen:

„A. de dagvaarding uitgaat van de onderstelling dat tusschen partijen bestond de verhouding van lastgeving, doch het arr. dat punt in het midden heeft gelaten en het *middel*, indien het juist ware, slechts zou kunnen leiden tot een renvooi om over dat punt den *judex facti* te doen beslissen;

„A. echter het *middel* moet worden verworpen;

„A. immers uit de aangehaalde a. B.-W. wel volgt, dat de lasthebber rekenschap is verschuldigd en verantwoordelijk

wegens de uitvoering van zijn last, doch geen van beiden door het arr. wordt betwist;

„A. integendeel het arr. constateert, dat de verw. den eischer de rekening van debet en credit heeft beteekend en dat de eischer door niets hoegenaamd is belet geweest, om in de tegen hem aangevangen procedure, tegen de gezegde rekening alle beweringen, defensien en schadepretentien te doen gelden, die hij zou meenen dat hem toekwamen, doch dat de eischer niets van dien aard heeft gedaan;

„A. onder die omstandigheden de eischer zich vruchteloos zou beroepen op a. 771 B.-R., omdat nergens geschreven staat dat de rekeningsprocedure voor een regter-commissaris de eenigste weg is waarlangs het debat over het debet en credit des lasthebbers kan worden gevoerd in regten, en speciaal noch daar noch elders geschreven staat, dat de lastgever, die zijnen lasthebber *niet* tot rekening dagvaardde, doch *aan* wien door een beteekende rekening en vordering zijns lasthebbers de gelegenheid in regten werd aangeboden, om al zijn regten als lastgever te doen gelden, reconventioneel nog eens de opneming eener rekeningsprocedure voor een regter-commissaris zou kunnen eischen;

„A. het beweren dat men bij zulk eene vordering belang zou hebben door het arr. teregt als zonder waarde is geacht;

„A. bovendien in elk geval eischers vordering tot rekening teregt is afgewezen, omdat elke vordering tot het doen van rekening, in welken vorm dan ook, moet worden afgewezen als er niet meer te rekenen of te verantwoorden valt;

„A. nu juist om die reden eischers vordering *in casu* afgewezen is gelijk blijkt uit Hofs overweging, dat door de toewijzing van den primairen eisch aan het geschil tusschen partijen een einde is gemaakt;

„A. mitsdien de eischer, had hij zijne vermeende aanspraken op eene afzonderlijke rekeningsprocedure willen doen

gelden in cassatie, tevens had moeten opkomen tegen de toewijzing van den eisch in conventie, eene toewijzing die inderdaad, gelijk het Hof teregt en feitelijk uitmaakt, aan alle geschil een eind maakte;

„A. de eischer dit echter niet doet, integendeel in de toewijzing van den eisch in conventie berust en alleen diens ontvankelijkheid bestrijdt;

„A. hij dit laatste echter geheel ten onregte doet, vermits het den lasthebber nergens is verboden, om hetgeen hij beweert dat hem als saldo wegens de uitvoering van den last toekomt, bij gewone actie van zijn lasthebber op te vorderen;

„A. het eindelijk wel geen betoog behoeft, dat klaagt de eischer ten onregte over de nietaan-neming *zijner* vordering tot rekening, hij met nog veel minder regt opkomt tegen de niet-toewijzing van de subsidiaire vordering des verw^{s};

„Zoo wordt voor den verw. geconcludeerd tot verwerping van het beroep. Kosten regtens."

In deze zaak heeft de Adv.-G. Smits, namens den Proc.-G., de volgende conclusie genomen:

„Er is tusschen partijen eene overeenkomst gesloten betreffende den verkoop in Engeland van de door de eisch^{sse} vervaardigde kunstboter.

„Aan die overeenkomst is uitvoering gegeven en de handelsrelatiën hebben tusschen hen voortgeduurd tot 30 Junij 1882, toen zij geheel hebben opgehouden.

„Na sommatie heeft de nu verw^{sse} aan de eischende vennootschap hare rekening-courant doen beteekenen, als eindresultaat der voormelde handelsoperatiën een saldo ten hare bate aanwijzende van ruim 3690 p. st., welk bedrag zij bij dagvaarding heeft gevorderd, en subsidiair acte gevraagd dat zij ook bereid is ten overstaan van een regter-commissaris rekening en verantwoording te doen conform de wet.

„De nu eisch^{sse} bestreed de hoofdvordering als niet-ontvankelijk, op grond dat tusschen partijen zou hebben bestaan

de verhouding van lastgeving, niet die van wederkeerige handelsrelatiën in rekening-courant, die de opvordering van een bepaald saldo zoude wettigen, en heeft geconcludeerd tot niet-ontvankelijk verklaring der hoofdvordering, toewijzing van de subsidiaire vordering en, bij eisch in reconventie, veroordeeling van de nu verw^sse tot het doen van rekening en verantwoording, ten overstaan van een regter-commissaris, enz.

„De regtb. te Arnhem oordeelde den primairen eisch ontvankelijk, waardoor de subsidiaire verviel, wees den primairen eisch toe en verklaarde de nu eisch^sse niet-ontvankelijk in haren reconventionelen eisch, — en in hooger beroep werd het vonnis der regtb. te Arnhem door het Geregtshof aldaar, op gewijzigde gronden, bevestigd.

„Het Hof besliste de vraag niet of de regtsbetrekking welke door de tusschen partijen aangegane overeenkomst was ontstaan, moest worden beschouwd als die tusschen kooplieden, welke uithoofde hunner commerciele relaties over en weer staan in rekening-courant, dan wel als eenvoudig die tusschen lastgever en lasthebber. Het Hof achtte dit onverschillig, omdat uit elk der beide gevallen de nu verw^sse, zoo haar een saldo van rekening was verschuldigd, geregtigd zou zijn dit regtstreeks van de eischende vennootschap te vorderen.

„Voor het geval, dat hier aan lastgeving te denken was, grondde het Hof, volgens het laatste gedeelte der 3^e overw., zijne meening hierop, dat alsdan die regtsbetrekking de nu verw^sse als lasthebster wel naar a. 1839 B.-W. tot het geven van rekenschap en verantwoording aan de nu eisch^sse als lastgeefster verpligt, maar nergens in de wet is voorgeschreven, noch door hare beginselen wordt gevorderd, dat daarvoor, ingeval van verschil tusschen partijen, steeds eene rekening- en verantwoording procedure in den vorm als bij het Wetb. v. B.-R. bepaald, moet worden gevoerd, en niet, met beteekening der rekening, zooals *in casu* is geschied, haar saldo bij rauactie kan worden gevraagd en op die wijze het geschil

der partijen beeindigd, en daar de nu eisch^{sse} de posten der rekening-courant niet had bestreden, meende het Hof dat de rekening als onbetwist en het saldo als juist moest worden beschouwd.

„De voorziening in cassatie is gerigt tegen de uitspraak van den regter voor zoover die ook gebouwd is op de veronderstelling dat hier bestond mandaat, zoodat voor het geval de H.-R. de zienswijze van het Hof dienaangaande niet mogt deelen, de zaak zal moeten teruggewezen worden om te doen uitmaken of de regtsbetrekking van lastgever en lasthebber of wel eene andere *in casu* tusschen partijen bestond.

„Het voorgestelde *cassatie-middel* luidt: schending en verkeerde toepassing van de a. 1829, 1839, 1845, 1846 en 1847 B.-W. en de a. 771, 772, 774—783 B.-R., omdat het beklaagde arr., bij geschil tusschen lastgever en lasthebber omtrent het door den een aan den ander per saldo verschuldigde, heeft voorbijgegaan de bereidverklaring en het aanbod, subsidiair door de verw^{sse} in cassatie gedaan, en de eisch^{sse} in cassatie heeft verklaard niet-ontvankelijk in hare reconventionele vordering, een en ander strekkende tot het door de nu verw^{sse} als lasthebster doen van rekening en verantwoording overeenkomstig de aangehaalde a. van laatstgenoemd Wetboek en, niettegenstaande bereidverklaring, aanbod en vordering hiervoren bedoeld, de nu verw^{sse} heeft geoordeeld ontvankelijk om bij rauactie het saldo eener door haar bij dagvaarding beteekende rekening op te vorderen.

„Wij moeten nu aannemen dat partijen tegenover elkander staan als lastgever en lasthebber. Het is niet te ontkennen en het Hof ontkent dit ook niet, dat dan de nu verw^{sse}, als lasthebster rekenpligtig is aan de nu eisch^{sse} als lastgeefster.

„De lastgever kan zich natuurlijk tevreden stellen met eene onderhandsche rekening. Iedere vorm van rekening is voldoende, mits hij die goedkeurt.

„Maar de lastgever is m. i. onbepaald bevoegd om van

den rekenpligtige rekening in regten te vorderen, wanneer deze geen rekening aflegt, of wanneer er geschil bestaat omtrent de wijze waarop de rekening gedaan wordt of omtrent het saldo door den een aan den ander verschuldigd. (Zie LAURENT, XXVII, n° 518, bl. 575 volgg.). Dat men niet moet drukken op het woord *nalatige* van a. 771 B.-R., zal ik wel niet meer behoeven te betoogen; omtrent den zin van a. 771 werd, overeenkomstig de adviezen van het O.-M., beslist bij arr. van 13 Junij 1879 (V. D. HON., *B.-R.* XLIV, 258) en van 26 Nov. 1858 (V. D. HON., *ibid* XXII, 470; *N. Rspr.* LX, 169).

„Men heeft in dit a. willen aanduiden de rekenpligtigen die nog geen rekening gedaan hebben, *les comptables* van a. 527 *C. de P.-C.* De bereidwilligheid van den rekenpligtige om rekening af te leggen kan hem van kosten vrijwaren, maar bevrijdt hem niet van de actie ex a. 771 B.-R. Zie laatstgemeld arr.

„En nu mag men, geloof ik, niet met het Hof zóó redeneeren, dat de eisch^sse^ in cassatie zich in dit proces tegen den primairen eisch volledig heeft kunnen verdedigen, door met opgave van gronden, bepaalde posten der beteekende rekening te bestrijden, want, al ware dit mogelijk geweest, de wet wijst een anderen weg aan bij rekenpligtigheid. De wet wil, dat geen bepaald saldo rauwelijks worde gevraagd, maar dat dit wederkeerig na debat van de rekening voor den regter-commissaris worde bepaald; zij veronderstelt dat dit de geschiktste wijze is om tot het vaststellen van de rekening te geraken. De wet, die den lastgever het regt geeft om rekening te vorderen, geeft hem van zelve het regt om dit te doen op de wijze en in de vormen bij de wet voorgeschreven, al mogt men ook van oordeel zijn dat die rekening op meer eenvoudige wijze kon vastgesteld worden.

„De bekende jurisprudentie van den H.-R. dat *de lastgever* niet verpligt is tot het voeren van een rekening-proces maar ook zonder rekening zich kan kwijten van hetgeen hij

aan den lasthebber verschuldigd is en bij rauactie een hem competerend saldo kan vorderen, (zie LEON, ASSER, op a. 1839, B-W. n° 2), staat hiertegen niet in den weg, want geheel verschillend is de positie van den *lastgever* en van den *lasthebber*. Wat een *regt* is voor den eerste, is een *pligt* voor den laatste. De bepaling van a. 1839 B.-W. is geheel in het belang van den *lastgever* gemaakt. Hij kan van het hem gegeven regt geheel of gedeeltelijk afstand doen. Het vragen van rekening is slechts een middel om te doen kennen hoeveel de lasthebber aan den lastgever verantwoorden moet. Dit middel kan hij al of niet gebruiken, naar mate hij het al of niet noodig acht. (Zie DIEPHUIS, 2e uitg., VII, nr 699, bl. 385). Maar de lasthebber kan zich niet van zijne verpligting ontslaan door bij rauactie een saldo van rekening op te vorderen.

„De verwsse heeft dit trouwens zelve ingezien door aanvankelijk subsidiair rekening en verantwoording voor een regter-commissaris aan te bieden.

„Ik geloof dus dat, voor het geval hier lastgeving bestaat, teregt niet-ontvankelijkheid van de oorspronkelijke eischsse in hare primaire vordering is beweerd, en dat voor dit geval, de eischsse in cassatie zich teregt onthouden heeft van in eenig debat omtrent de posten der haar beteekende rekening-courant te treden, terwijl het subsidiaire aanbod van de oorspronkelijke eischsse om rekening te doen of de reconventionele vordering van de oorspronkelijke gedaagde had moeten worden toegewezen, en dat het *middel* dus gegrond is, zoodat alles afhangt van de vraag of hier lastgeving bestaat, een punt dat, zooals ik reeds opmerkte, bij het arr. onbeslist is gelaten.

„Ik acht mij dus verpligt te concluderen tot vernietiging van het bekl. arr. en terugwijzing der zaak naar het Geregtshof te Arnhem, ten einde, met inachtneming van 's H.-Rs te wijzen arr., verder te worden behandeld en beslist, met veroordeeling van de verwsse in cassatie in de kosten."

ARREST. — De H.-R. d. Ned. — Op het beroep van, enz.;

„O. dat het *eenig cassatie-middel*, luidende: schending en verkeerde toepassing van de a. 1829, 1839, 1845, 1846, 1847 B.-W. en de a. 771, 772, 774 en volgende tot en met 783 B.-R., gerigt is tegen 's Hofs beslissing, dat, onverschillig of de regtsbetrekking tusschen partijen moet worden beschouwd als die tusschen kooplieden welke uit hoofde hunner commercieële relaties over en weer staan in rekening-courant, dan wel als eenvoudig die tusschen lastgever en lasthebber, in elk van beide gevallen de verw^sse^, zoo haar een saldo van rekening is verschuldigd, geregtigd was dit regtstreeks van de eisch^sse^ op te vorderen, daar in het laatste geval die regtsbetrekking de verw^sse^ als lasthebster wel naar a. 1839 B.-W. tot het geven van rekenschap en verantwoording aan de eisch^sse^ als lastgeefster verpligt, maar nergens in de wet is voorgeschreven noch door hare beginselen wordt gevorderd, dat daarvoor in geval van verschil tusschen partijen steeds eene rekening- en verantwoordingsprocedure moet worden gevoerd, en niet met beteekening der rekening, zooals *in casu* is geschied, haar saldo bij rauactie kan worden gevraagd;

„O. daaromtrent, dat volgens a. 1839 B.-W. de lasthebber verpligt is rekenschap te geven van hetgeen hij verrigt heeft en aan den lastgever verantwoording te doen van hetgeen hij ontvangen heeft, terwijl de a. 771 en volgende B.-R. de vormen voorschrijven, door wier inachtneming rekenpligtigen zich van hunne verpligting kunnen kwijten;

„dat tegenover deze verpligting des lasthebbers noodzakelijk moet overstaan een regt des lastgevers om zoodanige rekening te vorderen, van welk regt hij steeds gebruik kan maken, ook al heeft hij daarnaast de bevoegdheid om bij rauactie een saldo te vragen, indien dit in der minne is vastgesteld of hij vermeent het bedrag daarvan op eenvoudige wijze te kunnen aantoonen;

„dat, indien derhalve *in facto* vaststond dat tusschen

partijen de betrekking van lastgeefster en lasthebster bestond, de eisch^{sse} bevoegd zou moeten worden verklaard om bij reconventioneele vordering het in wettelijken vorm afleggen eener rekening en verantwoording van de verw^{sse} te eischen, welke bevoegdheid trouwens door de verw^{sse} in de beide vroegere instantiën niet is betwist;

„dat de vraag, welke regtsbetrekking tusschen hen moet worden aangenomen, bij de vorige behandeling onopgelost is gebleven, en het geding mitsdien naar het Hof moet worden teruggewezen, om die daadzaak, waarvan de definitieve beslissing der hoofdzaak afhangt, alsnog tot klaarheid te brengen;

„Vernietigt derhalve het arr. op 2 Jan. 1884 door het Geregtshof te Arnhem tusschen partijen gewezen;

„Verwijst het geding naar dat Geregtshof, ten einde, met inachtneming van deze uitspraak, de hoofdzaak verder te behandelen en te beslissen;

„Veroordeelt de verw^{sse} in de kosten in cassatie gevallen;

„Reserveert de overige kosten tot aan de einduitspraak."

N° 1908. — Arrest van 20 Junij 1884.

(A. 237 en 238 B.-R.)

Is het geheel aan 's regters oordeel overgelaten, een verhoor op vraagpunten te weigeren, in zoodanige gevallen, waar het zonder eenig nut slechts strekken zou om het geding te vertragen en de kosten daarvan te vermeerderen? — JA.

De Proc.-G. Mr. RÖMER heeft in deze zaak de volgende conclusie genomen:

„De eenige grief aangevoerd tegen het arr. door het Geregtshof te Amsterdam op 28 Dec. 1883 tusschen deze partijen gewezen is deze, dat het Hof een gedaan verzoek om de wederpartij op vraagpunten te doen hooren, heeft gewezen van de hand zonder te beslissen of deze betrekkelijk waren

tot het aanhangig geschil, en of hare beantwoording van eenigen invloed kan zijn op de beslissing der zaak, en of alle, of wel sommige der gestelde vragen als strikvragen behooren te worden aangemerkt.

„Volgens de pleidooi is het *middel* niet gerigt tegen het *dictum* van het arr., maar daartegen dat het Hof niet heeft voldaan aan het door de wet imperatief bevolen naauwkeurig onderzoek of die vraagpunten tot het geschil betrekkelijk waren.

„Het *middel* is volkomen juist door den geachten raadsman van de verw^sse wederlegd. Er blijkt niet, dat beweerd is, dat de gestelde vragen als *strikvragen* moeten worden aangemerkt; de regter was dus niet verpligt daaromtrent eenige beslissing te geven; en waar nu het Hof, zooals *in casu*, zeer uitvoerig de strekking der gestelde vragen onderzoekt, en beslist, dat drie der vragen loopen over feiten, welke tusschen partijen volkomen vaststaan, en het omtrent de drie laatsten reeds *a priori* zeker is dat zij ontkennend zouden moeten beantwoord, en dit een en ander afleidt uit de feiten ten processe gebleken, en uit de gewisselde dingtalen, daar kan m. i. toch niet ernstig worden betwist, dat het Hof in een naauwkeurig onderzoek der vraagpunten is getreden, en geoordeeld heeft, dat zij wel op het geding betrekking hebben, maar er termen zijn om het verzoek te wijzen van de hand. En de wet schrijft niet voor hoe de regterlijke uitspraak daaromtrent moet gemotiveerd zijn, noch dat de regter met zoovele woorden zou moeten beslissen omtrent het verband tusschen de gestelde vragen en het aanhangig geding. Wat nu de grief betreft, dat het Hof *a priori* kon beslissen, dat de antwoorden der verw^sse ontkennend zouden moeten zijn, wil ik slechts met een beroep op de jurisprudentie van den H.-R. reeds door den geachten raadsman der verw^sse aangehaald, doen opmerken, dat de beoordeeling of een geding zonder zoodanig verhoor op alle punten kan worden beslist, geheel aan den *judex facti* is verbleven.

„De Raad vergelijke de reeds vermelde arr[n] van 31 Mrt. 1871 (v. D. Hon., *B.-R.* XXXV, 595); dat van 19 Nov. 1858 (*N. Rspr.* LX, 158; v. D. Hon., *ll.* XXII, 459); dat van 28 Junij 1861 (*N. Rspr.* LXVIII, 340; v. D. Hon., *ll.* XXV, 370.)

„Ik acht de zaak meer dan voldoende toegelicht en heb de eer te concluderen tot verwerping der voorziening en veroordeeling van den req. in de kosten."

ARREST. — De H.-R. d. Ned. — Op het beroep van, enz.;

„O., dat als *middel* van cassatie is voorgesteld: schending en verkeerde toepassing van de a. 237 en 238 B.-R., doordien het Geregtshof te Amsterdam bij het beklaagde arr. niet heeft beslist omtrent de vraag, of de gestelde vraagpunten betrekking hebben tot het tusschen partijen aanhangig geschil en of de beantwoording daarvan van eenigen invloed kan zijn op de beslissing van dat geschil, en evenmin omtrent de vraag of die vraagpunten alle of sommige hunner als strikvragen behooren te worden aangemerkt, maar eenvoudig heeft beslist, dat het hooren op die vraagpunten doelloos zou zijn, daar die vragen voor een deel moeten geacht worden reeds in bevestigenden zin te zijn beantwoord, en voor een ander deel reeds nu volkomen zeker is, dat zij in ontkennenden zin zullen worden beantwoord;

„O., dat dit *middel* in de eerste plaats berust op eene verkeerde voorstelling van den inhoud van 's Hofs arr., waarbij wel niet met even zoovele woorden wordt beslist, maar blijkens de door het Hof aangevoerde gronden toch bepaaldelijk aangenomen wordt, dat de bedoelde vraagpunten betrekking hebben op het geschil, doch op de aan het slot van het *middel* zelf teruggegeven gronden, niet tot de beslissing der zaak konden leiden;

„dat voorts door niemand beweerd zijnde, dat daaronder strikvragen waren, er voor het Hof geene aanleiding bestond dit uitdrukkelijk uit te maken, en zulks te minder, nu het

Hof van oordeel was, dat de beantwoording dier vraagpunten in elk geval doelloos zou zijn;

„dat het Hof alleszins bevoegd was op dezen laatsten grond het verzoek af te wijzen, daar de wet hiertoe bevoegdheid verleent *zoo daartoe termen zijn*, m. a. w. het geheel aan 's regters oordeel overlaat om het verhoor te weigeren in zoodanige gevallen waar het zonder eenig nut slechts strekken zou om het geding te vertragen en de kosten daarvan te vermeerderen:

„Verwerpt de voorziening;

„Veroordeelt den eischer in de kosten, daarop gevallen."

N° 1909. — Arrest van 27 Junij 1884.

(Revisie.)

(A. 1402 B.-W.)

Mag tegenbewijs alleen dienen om de onwaarheid aan te toonen der bij de enquête afgelegde verklaringen of kan het evenzeer strekken om de onjuistheid te staven der gevolgtrekkingen, welke men ten gunste der ingestelde vordering uit de aanvankekelijk gebleken feiten zou kunnen afleiden? — In laatstgemelden zin beslist.

Is het aanwezig zijn van een boutkop zonder overdekking met hout of ijzeren plaat aan een werk, den Staat toebehoorende en op zijnen last gebouwd, een feitelijke toestand, die op zich zelf tot schadevergoeding verpligten kan, indien niet daarbij gesteld wordt, dat hij het gevolg is van eene nalatigheid of onvoorzigtigheid van hem, wien men op grond van a. 1402 *B.-W. wil aanspreken?* — Neen.

Had eisch^ste^*, waar zij zich over het onderhoud der bewuste werken beklaagt, moeten bewijzen, dat de verw. op eenigerlei wijze te kort was geschoten in de gewone zorg die aan het onderhoud van zoodanige werken, als het hier bedoelde, behoort te worden ten koste gelegd?* — Ja.

Door of van wege de eisch^sse^ in revisie is genomen de navolgende conclusie:

"dat bij arr. van den H.-R. der Ned., regtdoende in revisie, zal worden vernietigd het arr. door den H.-R. der Ned. 8 Junij 1883 (*) in eersten aanleg tusschen partijen gewezen, en alsnog aan de eisch^sse in revisie (zoo noodig na expertise, gelijk in de schriftuur van grieven werd aangewezen) zullen worden toegewezen de conclusiën door haar in eersten aanleg genomen en mitsdien (zoo noodig na vorenbedoelde expertise) de oorspronkelijke gedaagde, nu verw. in revisie, zal worden veroordeeld om aan de oorspronkelijke eisch^sse, nu eisch^sse in revisie, te vergoeden alle kosten, schaden en interessen, door der eisch^sse geassureerden en cedenten, de inladers van de in de schriftuur van grieven bedoelde lading, en mitsdien nu door de eisch^sse gehad en geleden en nog te hebben en te lijden, door en tengevolge van de ten processe omschreven vernietiging en beschadiging der voormelde lading, — het bedrag daarvan hetzij te bepalen op het ten processe vermelde cijfer van *f* 23310.37½, met de interessen hiervan sedert 29 Mrt. 1878, of zoodanig ander cijfer, als de H.-R., regtdoende in revisie, mogt oordeelen te behooren, hetzij nader te verevenen bij staat, alles met veroordeeling van den verw. in revisie in alle kosten der beide instantiën, bij 's H.-R.'s arr., in eersten aanleg, 14 Apr. 1881 gereserveerd."

Door of van wege den verw. in revisie is daartegen geconcludeerd "tot bevestiging van het arr. *a quo*, met veroordeeling van de eisch^sse in revisie in de kosten."

In deze zaak heeft de Adv.-G. Polis, namens den Proc.-G., de volgende conclusie genomen:

"De feiten en procedure zijn zeer naauwkeurig vermeld in de memorie van de eisch^sse in revisie. Daarover bestaat tusschen partijen geen verschil, en ik kan dus volstaan met na te gaan wat door de eisch^sse *in jure* is beweerd ten betooge dat zij met het arr. *a quo* is bezwaard.

(*) V. d. Hon., *B.-R.* XLVIII, 427.

„De eerste grief van de eisch^sse is, dat vermits zij had bewezen wat haar te bewijzen was opgelegd, hare vordering niet mogt worden ontzegd wegens het ontbreken van een bewijs, dat haar niet was opgelegd, en dat door de contra-enquête niet kon geleverd worden het bewijs dat bij den bouw der brug de koppen der ijzeren bouten alle met hout overdekt zijn, omdat eene contra-enquête geen bewijs kan opleveren omtrent andere feiten dan waaromtrent aan de wederpartij het bewijs was opgelegd.

„De beslissing van het beklaagde arr. is, dat de eisch^sse den grondslag harer vordering, nl. dat het paalwerk, in den toestand waarin het na het ongeval met de *Anna* bevonden is, op last van den gedaagde was gebouwd en door dezen aanvaard, niet heeft bewezen, maar veeleer gebleken is, dat het oorspronkelijk op voldoende wijze ingerigt is en het onbedekt uitsteken van den kop hoogstens een gevolg van gebrekkig onderhoud heeft kunnen zijn. En indien het nu waar is, dat de actie der eisch^sse is gegrond op *onvoldoende constructie*, dan kan de eisch^sse door de afwijzing harer vordering niet zijn bezwaard, ook al ware bij 's Raads interlocutie het bewijs der onvoldoende constructie niet opgelegd, omdat een ieder moet bewijzen de feiten waarop hij zijnen eisch grondt, en de Raad niet was gebonden door een interlocutoir dat minder bewijs oplegt dan de wet vordert. Maar is het wel waar, dat de eisch^sse volgens het interlocutoir alleen het zonder overdekking uitsteken van den ijzeren bout, en niet het bouwen van het paalwerk in dien toestand door den Staat had te bewijzen? Let men alleen op het dispositief van het interlocutoir, dan schijnt de bewering van de eisch^sse gegrond, maar brengt men het dispositief in verband met de motieven, dan is het duidelijk, dat het bewijs van het uitsteken van den bout, waartegen het schip is lek gesprongen, is toegelaten tot staving van de stelling der eisch^sse *dat de paal in den toestand die de schade zou veroorzaakt hebben op last van den Staat was gebouwd*, en dat dus ook volgens het

interlocutoir de eisch^sse niet kon volstaan met den onoverdekten toestand van den bout aan den paal te bewijzen, maar moet bewijzen dat dit paalwerk in dien toestand is gebouwd, zoodat ook uit de contra-enquête kon worden geput het bewijs dat het werk oorspronkelijk op voldoende wijze ingerigt is, terwijl in geen geval door de beslissing dat uit de contra enquête gebleken is, dat bij den bouw der brug de koppen der ijzeren bouten alle met hout overdekt zijn, de eisch^sse kan zijn bezwaard, omdat voor de afwijzing der vordering voldoende is, dat niet blijkt dat het werk gebouwd is in den toestand die de schade kan hebben veroorzaakt en de eisch^sse in revisie niet aanbiedt alsnog dit in eersten aanleg niet geleverde bewijs te leveren.

„En daarom is niet afdoende de *tweede* grief der eisch^sse, dat ten onregte als bewezen zou zijn aangenomen dat bij den bouw der brug de bedoelde kop met hout zou zijn overdekt geworden, terwijl bij die grief overigens ook ten onregte wordt beweerd, dat de verklaring van den 1^n getuige der contra-enquête geheel op zich zelve staat, nademaal die verklaring steun vindt in die van den 4^n getuige der contra-enquête.

„In de *derde* plaats beweert de eisch^sse dat, al ware volkomen bewezen dat bepaaldelijk *die* uitstekende ijzeren boutkop, waartegen de *Anna* is lek gesprongen, aanvankelijk bij den bouw met hout was overdekt geworden, de ontzegging van de vordering daarmede nog geenszins ware geregtvaardigd, omdat de dagvaarding niet enkel berust op klagt over gebrek bij den aanleg, maar daarbij de aansprakelijkheid van den Staat voor schade en zijne *culpa* beweerd is te bestaan in het voor de scheepvaart hoogst gevaarlijk aan den Staat toebehoorend paalwerk zonder overdekking uitsteken van den kop van een ijzeren bout, zonder onderscheiding, zonder beperking, zonder uitzondering, waaraan dat onoverdekt uitsteken is te wijten, hetzij aan een oorspronkelijk, hetzij aan een later verzuim, en dat het aanwezig zijn van dien onoverdekten

boutkop aan het aan den Staat toebehoorend paalwerk in een publiek vaarwater aanwijst schuld, verzuim, nalatigheid en onvoorzigtigheid ten laste van den Staat.

„De dagvaarding stelt, dat het uitsteken van den kop van een ijzeren bout, zonder overdekking met hout of ijzeren plaat, aan een werk den Staat toebehoorende, op zijn last gebouwd, door hem aanvaard en onder zijn beheer, toezigt, opzigt en verantwoordelijkheid zijnde, den Staat voor de daardoor veroorzaakte schade doet verantwoordelijk zijn en aanwijst schuld, verzuim, nalatigheid en onvoorzigtigheid ten laste van den Staat, en nu heb ik met den Raad die dagvaarding begrepen als inhoudende de klagt van *onvoldoende constructie van een op last van den Staat gebouwd, door hem aanvaard en beheerd werk*, omdat ik niet vermoedde dat het de bedoeling kon zijn het ontbreken van bedekking aan den bout, zonder meer, en zonder dat beweerd werd dat dit ontbreken aan verzuim van onderhoud was toeteschrijven, als eene *culpa* van den Staat voortestellen. Maar heeft de eisch^sse dat bedoeld, en dat zij dit bedoeld heeft, wordt thans, zooals ik reeds opmerkte, beweerd, dan is haar toch teregt hare vordering ontzegd, omdat, aangenomen al met de eisch^sse, dat de overeenkomst van den Staat met de Maatschappij tot exploitatie van Staatsspoorwegen op de verantwoordelijkheid van den Staat ten deze zonder invloed is, dan toch het uitsteken van den bout zonder overdekking niet voldoende is om verzuim, onvoorzigtigheid, *culpa* van den Staat aantenemen, vermits daaruit niet volgt, dat het werk in dien toestand is gebouwd, of dat de Staat het onderhoud daarvan *verzuimd* heeft, maar het zeer wel mogelijk is dat bij de constructie eene behoorlijke overdekking is aangebragt, en die daarvan is weggeraakt zóó korten tijd vóór het ongeval met de *Anna*, dat de herstelling daarvan vóór het ongeval niet is kunnen geschieden. Wil de eisch^sse schuld door verzuim van onderhoud beweren. dan moet zij ten minste kunnen bewijzen dat het

werk eenigen tijd in den door haar gestelden onvoldoenden toestand van onderhoud gelaten is, dat de Staat in het onderhoud die zorg verzuimd heeft, die in redelijkheid van hem kon gevorderd worden. Dat bewijs heeft de eisch^sse in eersten aanleg niet geleverd en in revisie niet aangeboden, en het arr. *a quo* zal dus behooren te worden gehandhaafd, ook al mogt thans de uitlegging gevolgd worden, die door de eisch^sse aan hare dagvaarding gegeven is.

"En daarom kan ik buiten beschouwing laten al wat door partijen is aangevoerd omtrent de vraag of werkelijk alleen aan het uitsteken van den niet overdekten bout en niet ook aan schuld van den schipper, de aan de *Anna* overkomen schade is toe te schrijven, behoef ik ook niet te onderzoeken wat omtrent het quantum dier schade gebleken is, en heb ik de eer te concluderen tot bevestiging van het arr. *a quo*, met veroordeeling van de eisch^sse in revisie in de kosten."

ARREST. — De H.-R. d. Ned. — Regtdoende in revisie.;

"Partijen gehoord;

"Gehoord den Adv.-G. POLIS, enz.;

"Gezien de stukken;

"Ten aanzien van de daadzaken en procedures welke aan het arr. van 8 Junij 1883, in eersten aanleg tusschen partijen gewezen, zijn voorafgegaan, zich gedragende aan en overnemende het verslag daarvan in dat arr., en voorts te dien opzigte:

"O., dat de vordering strekt tot vergoeding der schade, ontstaan door het lek stooten van het stoomschip *Anna* tegen den uitstekenden kop van een ijzeren bout aan het paalwerk van de spoorwegbrug te Rotterdam;

"dat als grond van de verpligting tot schadevergoeding is aangegeven, dat dit voor de scheepvaart hoogst gevaarlijk uitsteken van den kop van eenen ijzeren bout zonder overdekking met hout of ijzeren plaat aan een werk den Staat toebehoorende, op zijnen last gebouwd, door hem aanvaard en

onder zijn beheer, toezigt, opzigt en verantwoordelijkheid zijnde, den Staat voor de daardoor veroorzaakte schade doet verantwoordelijk zijn, en aanwijst schuld, verzuim, nalatigheid en onvoorzigtigheid ten laste van den Staat;

„dat de eisch^sse^ bij interlocutoir arr. is toegelaten tot het bewijs, dat de oorzaak van de bovenomschreven schade was dat aan het in de dagvaarding vermelde paalwerk de kop van eenen ijzeren bout zonder overdekking met hout of ijzeren plaat, ongeveer zes en halven cM. uitstak, waartegen het schip lek is gesprongen;

„dat bij het beklaagde arr. de vordering is afgewezen op grond dat uit het gehouden onderzoek zou gebleken zijn dat het paalwerk oorspronkelijk op voldoende wijze ingerigt is en het onbedekt uitsteken van den kop hoogstens een gevolg van gebrekkig onderhoud heeft kunnen zijn;

„dat de eisch^sse^ in revisie bij memorie *drie* grieven tegen deze uitspraak heeft aangevoerd, en verzocht dat omtrent de vraag, of de kapitein door het uitbrengen van touwen het ongeval had moeten en kunnen voorkomen, deskundigen mogen worden gehoord, concluderende dat het beklaagde arr. zal worden vernietigd, en alsnog aan haar, zoo noodig na expertise, zullen worden toegewezen de conclusiën door haar in eersten aanleg genomen, met veroordeeling van den verw. in revisie in alle kosten der beide instantiën;

„dat de verw. bij memorie de grieven van de eisch^sse^ heeft beantwoord, concluderende tot bevestiging van het arr. *a quo*, met veroordeeling van de eisch^sse^ in revisie in de kosten;

„dat de zaak voor Raden-commissarissen is voldongen en ter teregtzitting van den H.-R. in revisie, na herhaling aldaar van de genomen conclusiën, over en weder is bepleit;

„Ten aanzien van het regt:

„O., dat door de eisch^sse^ als *eerste* grief is aangevoerd, dat haar niet was opgelegd het bewijs dat het paalwerk gebouwd was in den toestand waarin het later blijkt verkeerd

te hebben, en zij daaromtrent dus geen bewijs behoefde te leveren;

„O. daaromtrent, dat bij het in revisie bevestigde interlocutoir arr. van 14 Apr. 1881 is aangenomen, dat de Staat, werken aanleggende, verpligt is, de schade te vergoeden welke hij daarbij door nalatigheid of onvoorzigtigheid veroorzaakt, en het onbedekt laten van meergemelden ijzeren bout als eene zoodanige nalatigheid zou moeten aangemerkt worden; dat wel in de omschrijving van het te bewijzen feit alleen sprake is van het uitsteken, maar die toestand blijkens de geheele inrigting van het arr., alleen in aanmerking komt om daaruit het bestaan van bovenomschreven nalatigheid af te leiden;

„dat tegenover het aan de eisch^{sse} opgelegde bewijs aan den verw. het regt van tegenbewijs vrijstond en de wet nergens voorschrijft, dat tegenbewijs alleen zou mogen dienen om de onwaarheid aan te toonen der bij de enquête afgelegde verklaringen;

„dat het evenzeer dienen kan om de onjuistheid te staven der gevolgtrekkingen welke men ten gunste der ingestelde vordering uit de aanvankelijk gebleken feiten zou kunnen afleiden;

„dat de verklaringen der contra-enquête ten deze alleen met dit doel gebruikt zijn, en de eerste grief mitsdien als ongegrond, behoort te worden verworpen;

„O , dat de door de eisch^{sse} in de tweede plaats is betwist, dat werkelijk het bewijs geleverd zou zijn, dat bij den bouw der brug de bedoelde boutkop met hout is overdekt geworden;

„O., daaromtrent, dat de H.-R. in revisie, evenals in eersten aanleg, het bewijs van dit feit geleverd acht door de pertinente verklaring van den 1^{n} getuige der contra-enquête, bevestigd door de verklaring van den 4^{n} getuige, dat aan het remmingswerk der brug koppen van ijzeren bouten uitstaken, die oorspronkelijk met hout zijn bedekt geweest;

„dat ook de tweede grief mitsdien als ongegrond behoort te worden verworpen;

„O., dat door de eisch^sse^ in de derde plaats is aangevoerd, dat hare dagvaarding niet enkel, gelijk bij het beklaagde arr. is aangenomen, berustte op klagt over gebrek bij den aanleg, maar zoowel verzuim van behoorlijk onderhoud als verkeerden bouw omvatte;

„O. daaromtrent, dat inderdaad bij de drie arr^n^ welke reeds in deze zaak gewezen zijn tengevolge van de houding door partijen vroeger in het geding aangenomen, als eenige grondslag der vordering is aangenomen nalatigheid van den verw. bij den aanleg van het werk;

„dat de eisch^sse^ thans wijst op de uitdrukkelijke vermelding, dat het werk stond onder het beheer, toezigt, opzigt en verantwoordelijkheid des verw^s^ om daaruit afteleiden, dat naar de werkelijke bedoeling der dagvaarding de aansprakelijkheid des verw^s^ bestond in het enkel uitsteken van den kop zonder onderscheiding waaraan dat te wijten was, hetzij aan een oorspronkelijk, hetzij aan een later verzuim;

„dat echter wat daarvan zij het aanwezig zijn van eenen boutkop niets anders is dan een feitelijke toestand, die op zich zelf niet tot schadevergoeding verpligten kan, indien niet daarbij gesteld wordt, dat hij het gevolg is van eene nalatigheid of onvoorzigtigheid van hem wien men op grond van a. 1402 B.-W. aanspreken wil;

„dat voor zooverre de aangehaalde woorden der dagvaarding dus niet uitsluitend betroffen de slechte constructie, de eisch^sse^, om in hare vordering te slagen, had moeten bewijzen, dat de verw. op eenigerlei wijze te kort geschoten was in de gewone zorg die aan het onderhoud van zoodanige werken, als het hier bedoelde, behoort te worden ten koste gelegd;

„dat dit bewijs niet geleverd is en de eisch^sse^ het ook in revisie niet heeft aangeboden;

„dat onder die omstandigheden niet behoeft te worden

onderzocht of de dagvaarding werkelijk de ruime strekking had, die de eisch^sse daaraan thans wil gegeven zien, en ook de derde grief als ongegrond kan worden verworpen;

„Gezien de a. 56, 359 en volgende B.-R.;

„Bekrachtigt het arr. 9 Junij 1883 door den H.-R. der Ned. in eersten aanleg tusschen partijen gewezen;

„Veroordeelt de eisch^sse in revisie in de kosten der revisie."

N° 1910. — Arrest van 18 Julij 1884.

(A. 385, al. 3, B.-W.)

Zijn de a. 353, 354, 355, 356, 357, 358, 405 *en* 441 *B.-W. geschonden of verkeerd toegepast, door te beslissen, dat de voogd, ook dan wanneer een der ouders leeft en de voogdij verloren heeft, het regt en den pligt heeft om den minderjarige op te voeden, te bewaken en te leiden en dus ook zijn verblijf te bepalen, en, zulks geraden oordeelende, hem tot zich te nemen?* — Ja.

Namens den Proc.-G. heeft de Adv.-G. Smits in deze zaak de volgende conclusie genomen:

„De tegenwoordige eisch^sse heeft door haar tweede huwelijk verloren de voogdij over hare minderjarige kinderen, daar de kntr. afwijzend heeft beschikt op haar verzet om die voogdij te behouden, welke beschikking in hooger beroep is bevestigd, terwijl daarna de verw. door den kntr. tot voogd over bedoelde minderjarigen is benoemd.

„De verw., die begeerde dat de minderjarigen, welke zich bij de eisch^sse bevonden, onder het onmiddellijk toezigt van hem als voogd werden gesteld en aan zijne leiding en zorg overgegeven, heeft, na vruchtelooze sommatie, de eisch^sse daartoe gedagvaard, en bij vonnis van de regtb. te 's Hertogenbosch, bevestigd bij het arr. van het Geregtshof aldaar, is die eisch toegewezen.

„Deze regtscollegiën waren van oordeel, ten aanzien van

het beweren van de nu eisch^{sse}, dat het verlies der voogdij niet medebragt het verlies der ouderlijke magt en dat de langstlevende moeder krachtens deze laatste verpligt en bevoegd is zelve voor den persoon harer minderjarige kinderen te zorgen, dat de ouderlijke magt behouden blijft in weerwil van het verlies der voogdij, dat dus hier gelijktijdig bestond voogdij en ouderlijke magt, maar dat bij die omstandigheden de zorg voor den persoon des minderjarigen behoort tot de functie van den voogd.

„Tegen deze beslissing wordt als *cassatie-middel* aangevoerd: schending of verkeerde toepassing van de a. 353, 354, 355, 356, 357, 358, 385, 405 en 441 B.-W.

„Het geldt hier eene hoogst belangrijke regtsvraag, maar laat ik er dadelijk bijvoegen eene regtsvraag die zoo dikwijls van verschillende zijden besproken is, dat er weinig nieuws meer over te zeggen valt.

„De gevoelens dienaangaande van de Fransche schrijvers als Vazielle, Delvincourt, Proudhon, Toullier, Paillet, Marcadé, Demolombe, vindt men geresumeerd in de dissertatie van Mr. Ph. W. Scholten: *De verhouding van de vaderlijke magt tot de voogdij*, Leid. 1872. Men zie ook nog het gevoelen van Laurent, IV n° 263 en volgg.

„Wanneer men de Fransche jurisprudentie in deze materie, zooals die bij de verschillende schrijvers is opgegeven, nagaat, zal het opvallen dat de Fransche regter meestal naar gelang der omstandigheden, naar de moraliteit van de zaak te werk gaat, en het laat afhangen van de redenen waarom de langstlevende der ouders niet met de voogdij is bekleed om de zorg voor de minderjarigen aan dien langstlevende of aan den voogd toe te vertrouwen.

„Bij ons is de jurisprudentie meer consequent en ik durf zeggen gevestigd in den geest van het thans aangevallen arr. Men zie de opsomming van de verschillende Nederlandsche gewijsden vermeld in het bedoelde proefschrift van Mr. Schol-

TEN op bl. 24 en vooral de arr[n] van den H.-R. met de daarmede overeenstemmende conclusiën van 21 Mei 1865 (v. D. HON., *B.-R.* XXII, 262 en XXX, 55; *N. Rspr.* LXI, 156 en LXXXI, 100). Over de Nederlandsche schrijvers spreek ik nader.

„De bezwaren door de eisch[sse] tegen de beslissing van het arr. ingebragt, zijn de bekende.

„De moeder, langstlevende der ouders, behoudt, al is zij geen voogdes, de ouderlijke magt over hare minderjarige kinderen, en heeft krachtens die magt het regt om die kinderen bij zich te houden of hun verblijf en opvoeding te regelen. In de enkele gevallen, dat ouderlijke magt naast voogdij staat, moet ten opzigte van de zorg voor den persoon van den minderjarige, voogdij voor vaderlijke magt wijken, daar de reden dat bij a. 385, al. 3, is bepaald, dat minderjarigen waarvan een der ouders is overleden, onder voogdij staan, deze is, dat zij in den regel door den dood van een der ouders eenig vermogen bekomen en er voorzieningen voor het bewind daarvan noodig waren, maar met deze bepaling heeft men niet het oog gehad op de zorg over de personen.

„De verw. gaat bij zijne conclusie van antwoord verder dan het arr. en tot nu toe ook de H.-R. deed, en stelt op den voorgrond dat de ouderlijke magt als zoodanig het huwelijk niet overleeft en is dit zoo, dan is de quaestie uit, want bestaat er naast de voogdij, na het overlijden van een der ouders, geen ouderlijke magt meer, dan bestaat er geenerlei grond om den voogd het regt te ontzeggen om, ten einde aan zijne verpligting hem bij a. 441 B.-W. opgelegd om voor den persoon des pupils zorg te dragen, den minderjarige onder zijne hoede te nemen.

„Daarmede wordt weder een zeer betwistbaar en betwist punt ter sprake gebragt, en het is merkwaardig, dat twee onzer voornaamste schrijvers over burgerlijk regt, (het is reeds

opgemerkt) aangaande deze regtsvraag in betrekkelijk korten tijd geheel van gevoelen zijn veranderd.

„Vroeger was Prof. OPZOOMER van gevoelen dat volgens het Nederlandsche regt de vaderlijke magt een einde neemt, zoodra één der ouders is gestorven. Later is hij op zijn vroeger gevoelen teruggekomen (men zie *Het B.-W. verklaard* II (2ᵉ druk) ll. 246 volgg.), daartoe vooral geleid door de bepalingen van a. 366 en 358 B.-W.

„Prof. DIEPHUIS daarentegen, die vroeger de leer verkondigde dat de ouderlijke magt naast de voogdij bleef voortbestaan (zie *Ned. B.-R.* 2ᵉ uitg. II nº 467, bestrijdt nu die leer (zie *Systeem* V, 239 volgg.) en weerlegt de bezwaren door Prof. OPZOOMER aan de a. 366 en 358 ontleend, gelijk laatstgemelde hoogleeraar reeds vroeger een bestrijder vond in Prof. WILLEUMIER in *Themis* XVI, p. 358 volgg.

„Er is werkelijk veel te zeggen voor het laatste stelsel van Prof. DIEPHUIS, dat in den laatsten tijd ook nog is gehuldigd door Mr. B. ASSER, *Handleiding* I, p. 336.

„Ik acht het evenwel niet noodig hier langer bij stil te staan, daar het mij tamelijk wel hetzelfde voorkomt of men van oordeel is, dat de ouderlijke magt is opgelost in de voogdij dan of men beweert dat zij in stand blijft, maar overal waar zij met de voogdij in botsing komt voor deze moet wijken. En dit is de meening die ik in ieder geval in overeenstemming met den H.-R. voorsta.

„Na den dood van een der ouders staan de kinderen volgens a. 385 *c.* B.-W. onder *voogdij*.

„De bepalingen omtrent de verpligtingen van den voogd zijn algemeen en aan geenerlei restrictie verbonden.

„Het is onjuist, dat de voogd meer zou moeten waken voor de materiele dan voor de zedelijke belangen der minderjarigen; a. 441 B.-W. spreekt in de eerste plaats van het toezigt van den voogd over den persoon en in de tweede plaats over het bestuur zijner goederen.

„Niemand betwijfelt het dat onder de zorg over den persoon ook is begrepen de zorg over de opvoeding en dat daarom de voogd den minderjarige ook regtstreeks onder zijne leiding en toezigt moet kunnen hebben. Hoe zou hij anders, wanneer die zorg aan een ander was opgedragen, kunnen voldoen aan de bepaling van a. 446 B.-W. en zorgen dat niet meer aan de opvoeding werd besteed dan de kntr. in overleg met den familieraad heeft nuttig geoordeeld.

„Wanneer dergelijk groot onderscheid moest gemaakt worden tusschen het geval dat de minderjarige een wees was of een zijner ouders nog leefde, en de laatste met de voogdij was bekleed, dat dan de voorschriften omtrent de zorg voor den persoon van den minderjarige zou komen te vervallen, dan zoude dit toch voorzeker in de wet zijn aangeduid, te meer daar er voorbeelden voor dergelijke bepalingen bestonden in a. 288 *Wetb. N. v. Holland* en a. 288 van het ontwerp van 1820. De *algemeene* regel van a. 441 kan maar zóó niet voor volstrekt niet zeldzame gevallen, als niet geschreven beschouwd worden.

„De aan de ouderlijke magt verbonden regten en verpligtingen, die na het verlies van de voogdij nog overblijven, kunnen den voogd niet hinderen in zijnen werkkring en in de uitoefening zijner *onsplitsbare* verpligtingen en die regten van de ouderlijke magt zijn dus ondergeschikt aan de voogdij.

„Indien men aanneemt dat de langstlevende der ouders het toezigt over den persoon van den minderjarige uitoefent als vader of moeder en niet als voogd, dan zou bij dergelijke voogdij, het bij de wet verleende middel van uitsluiting en ontheffing van de voogdij, althans wat de redenen betreft bij n° 1—4 van a. 437 B.-W. vermeld, grootendeels doelloos, ja soms belagchelijk zijn.

„En wanneer men de algemeene bepaling van a. 441 B.-W., wat de zorg voor de opvoeding betreft, alleen toepasselijk wil achten voor het geval de minderjarige geheel ouderloos is,

dan vraag ik waarom men het beheer der goederen ook niet aan de overblijvende der ouders, voogd of niet, zou opdragen?

„Op deze gronden meen ik mij met het *middel* niet te kunnen vereenigen, en heb de eer te concluderen tot verwerping der voorziening, met veroordeeling van de eisch^{sse} in de kosten.”

ARREST. — De H.-R. d. Ned. — Op het beroep van, enz.;

„O., dat als *eenig middel* van cassatie is aangevoerd: schending of verkeerde toepassing van de a. 353, 354, 355, 356, 357, 358, 385, 405 en 441 B.-W., doordien bij het beklaagde arr., met miskenning van de bevoegdheid ook na den dood van een der ouders aan den langstlevende uit de ouderlijke magt voortvloeijende, is aangenomen dat de voogd, ook waar de moeder der minderjarigen nog in leven is, al heeft zij de voogdij verloren, het regt en den pligt heeft, de minderjarigen op te voeden, te bewaken en te leiden, dus ook hun verblijf te bepalen en, zulks geraden oordeelende, hen tot zich te nemen of elders te doen verblijven; dat de overledene moeder, geen voogdes gebleven, niet krachtens de ouderlijke magt het regt behoudt om hare kinderen bij zich te houden of hun verblijf en opvoeding te regelen, doch verpligt is de minderjarigen onder het onmiddellijk toezigt van den voogd te stellen of te doen stellen en aan zijne leiding en zorg over te geven of te doen overgeven, en op die gronden het 25 Jan. 1884 door de arr.-regtb. te 's Hertogenbosch gewezen vonnis is bevestigd;

„O., dat kinderen, wier ouders beiden of een van beiden zijn overleden, volgens a. 386, al. 3, B.-W., *staan onder voogdij;*

„O., dat uit dezen veranderden regtstoestand betreffende de betrekking tot den overgeblevene der ouders volgt, dat op zoodanige kinderen de bepalingen der wet omtrent de regten en verpligtingen der voogden toepasselijk zijn, zonder dat voor hen in die wet eenige uitzonderende bepaling is gemaakt;

„O., dat mitsdien de voogd over dergelijke minderjarigen,

evenals iedere andere voogd, volgens a. 441 B.-W. in de eerste plaats heeft de zorg voor den persoon der minderjarigen en in de tweede plaats, volgens a. 443 van dat wetb., de zorg voor hunne goederen;

„O., dat onder de zorg voor de personen in de eerste plaats is begrepen de zorg voor de opvoeding, en de voogd derhalve de minderjarigen regtstreeks onder zijne leiding en toezigt hebben moet, en niemand, ook niet de vader of de moeder, geregtigd kan zijn hem die leiding of dat toezigt te ontnemen;

„O., dat derhalve bij het bestreden arr. teregt is aangenomen, dat de voogd, ook dan wanneer een der ouders leeft en de voogdij verloren heeft, het regt en den pligt heeft om den minderjarige op te voeden, te bewaken en te leiden en dus ook zijn verblijf te bepalen en, zulks geraden oordeelende, hem tot zich te nemen, — zoodat door die beslissing geen der aangehaalde wetsa. is geschonden;

„Verwerpt de voorziening;

„Veroordeelt de eischers in de kosten in cassatie gevallen."

N° 1911. — Arrest van 9 October 1884.

(A. 406 B.-R.)

Mag in cassatie eene nieuwe grief worden aangevoerd? — Neen.
Kan op de feitelijke beslissing dat de nu eischer het bewijs niet geleverd heeft van de door hem gestelde oorzaak van het niet voleindigen, tijdig en goed afwerken van de te verbouwen huizen, namelijk dat hij daarin door de bemoeijingen en tegenwerking van den nu verw. is belemmerd, in cassatie worden teruggekomen? — Neen.
Behoort de uitlegging van bewijsstukken in een proces uitsluitend tot den werkkring van den judex facti? — Ja.

F. P. d. H., timmerman te 's Gravenhage, vertegenwoordigd door Mr. J. J. Bergsma, advocaat bij den H.-R. der Ned.,

heeft zich in cassatie voorzien tegen een arr. van het Geregtshof te 's Gravenhage van 26 Mei 1884, in appèl tusschen hem en den nu gedaagde in cassatie gewezen en dezen bij dagvaarding de volgende *middelen* van cassatie doen aanzeggen:

»I. schending en verkeerde toepassing van a. 1277 B.-W.:

»*a.* in verband met a. 1275 en 1285 B.-W., door in strijd met letter en geest dier a. toetewijzen de tweeledige vordering èn om gemagtigd te worden zelf een verbindtenis te doen uitvoeren ten koste van den gepretendeerden schuldenaar, èn om den eischer in cassatie, oorspronkelijk gedaagde, in conventie te veroordeelen tot de betaling eener gestipuleerde boete, — vordering waarvan het eene lid het andere buitensluit;

»*b.* in verband met a. 1281 B.-W., door vergoeding van kosten, schaden en interessen toetewijzen, ofschoon *in factis* vaststaat toeval of overmagt, *in casu* gewelddadige verhindering door den verw. zelven;

»II. schending en verkeerde toepassing van a. 1296 B.-W. in verband met a. 1298 *eodem*, door den eischer in cassatie niet-ontvankelijk te verklaren in zijne vordering tegen den verw. in cassatie, gegrond op diens voorwaardelijke verbindtenis, omdat nog niet is vervuld de voorwaarde, ofschoon *in factis* vaststaat dat de verw. zelf heeft verhinderd de vervulling der voorwaarde;

»III. *subsidiair:* schending der a. 1378, 1379 en 1385 B.-W., door voorzooveel betreft den eisch in conventie voorbij te zien dat de oorspronkelijke gedaagde zich verbonden had, en, niet vragende naar de bedoeling van partijen op grond eener enkele min heldere uitdrukking van de bewoordingen der overeenkomst — waar deze bewoordingen geen ruimte voor twijfel overlieten — daarvan toch door uitlegging aftewijken;

»geschiedende de dagvaarding ten einde te hooren concluderen dat bij arr. van den H.-R. der Ned. zal worden vernietigd het arr. van het Geregtshof van 's Gravenhage van 26 Mei 1884

en de daarbij bevestigde vonnissen van de arr.-regtb. van 's Gravenhage van 30 Mei 1882 en 12 Oct. 1883 en de verw. zal worden verklaard niet-ontvankelijk in zijne vordering, immers die hem zal worden ontzegd, met toewijzing van den eischer van zijne verminderde reconventionele vordering, met veroordeeling van den verw. in cassatie in alle kosten van cassatie, hooger beroep en eersten aanleg; — of wel, partijen verwezen zullen worden dáár waar zij behooren, in dat geval met veroordeeling van den verw. in de kosten in cassatie, en reserve der overige."

Voor den verw. in cassatie, vertegenwoordigd door Mr. A. M. VAN STIPRIAAN LUÏSCIUS, is hierop bij conclusie het volgende geantwoord:

„A. de eischer in cassatie heeft weten te bedenken *drie* zoogenaamde *middelen* van cassatie;

„A. het *eerste middel* luidt, enz.;

„*a.* in verband met de a. 1275 en 1285 B.-W.;

„*b.* in verband met a. 1281 B.-W.

„A. uit de in deze gewezen vonnissen en arr^n^ blijkt, dat de grief *a* van het *cassatie-middel* in vorige instantiën niet, dus in cassatie voor het eerst is voorgesteld, weshalve de H.-R. op deze grief geen acht kan slaan;

„A. indien dit anders ware, alsdan die grief zou blijken te zijn ongegrond;

„A. toch den verw. in cassatie door den regter ex a. 1277 B.-W. is ontleend de magtiging om het werk uit te voeren ten koste van zijnen in gebreke zijnden schuldenaar, en hem daarnevens is toegewezen de gestipuleerde boete van *ƒ* 10 voor elken dag vertraging en dit niet alleen met de aangehaalde a. geenszins is in strijd, maar bij het slot van a. 1343 B.-W. uitdrukkelijk is veroorloofd;

„A. de grief *b.* van het *middel* afstuit op de feitelijke beslissing van het Hof, dat hetgeen bij die grief wordt beweerd, *niet* is bewezen;

„A. het *tweede middel* luidt: schending en verkeerde toepassing van a. 1296 B.-W., in verband met a. 1298, door enz.;

„A. ten aanzien van dit *middel* in geen nader onderzoek valt te treden, omdat het aan dit *middel* ten grondslag gelegde feit, dat de verw. zelf de vervulling der voorwaarde zou hebben verhinderd, uitdrukkelijk bij het aangevallen arr. is verklaard niet te zijn bewezen;

„A. het *derde middel* luidt: schending der a. 1378, 1379, 1385 B.-W., door voorzooveel enz.;

„A. dit *middel* bedoelt den regter in cassatie te doen treden in uitlegging der tusschen partijen gesloten overeenkomst, maar die uitlegging behoort tot het uitsluitend gebied van den *judex facti;*

„A. dus de *drie middelen* van cassatie zijn ongegrond;

„Zoo concludeert Mr. A. M. VAN STIPRIAAN LUÏSCIUS qq., dat bij arr. van den H.-R. der Ned. de ten deze ingestelde voorziening in cassatie zal worden verworpen, met veroordeeling van den eischer in cassatie in de kosten van cassatie"

In deze zaak heeft de Proc.-G. Mr. RÖMER de volgende conclusie genomen:

„Bij het *eerste middel* van cassatie gerigt tegen het arr. van het Geregtshof te 's Gravenhage, op 26 Mei jl. tusschen partijen gewezen, wordt geklaagd over schending en verkeerde toepassing van a. 1277 B.-W., *vooreerst* in verband met a. 1275 en 1285 *ibid.* en *ten anderen* in verband met a. 1281 B.-W. Bij het bevestigde vonnis is de nu verw. gemagtigd om de werken, welke de eischer in cassatie in gebreke was gebleven op te leveren, te verrigten of te doen verrigten ten zijnen koste, met veroordeeling om die kosten te vergoeden en tot betaling van *f* 10 per dag sedert 1 Dec. 1881 tot aan de geheele voltooijing van het werk. En nu is de eerste grief dat zoodanige veroordeeling in strijd is met letter en geest der aangehaalde

wetsbepalingen, omdat het eene lid het andere buitensluit.

„De eischer beweert dus dat de vordering, zooals die is ingesteld, niet ontvankelijk moest zijn verklaard; maar daargegelaten nu dat de boete van ƒ 10 per dag niet was gestipuleerd als eene schadevergoeding voor het niet-uitvoeren der aangenomen werken, maar voor het niet opleveren dier werken op den bij contract bepaalden tijd, zoo is dat middel van niet-ontvankelijkheid bij den *judex facti* niet voorgesteld, het arr. bevat daaromtrent geene beslissing, de aangehaalde wetsbepalingen kunnen daardoor dus niet zijn geschonden.

„Niet a. 1285 maar a. 1343 B.-W. is *in casu* toepasselijk. De grief is nieuw in cassatie en kan dus niet leiden tot vernietiging van het arr.

„De *tweede* grief, waarbij a. 1281 B.-W. is aangehaald, is deze dat *in facto* vaststaat, dat de werken niet zijn opgeleverd door toeval of overmagt, *in casu* door gewelddadige verhindering van den verw. zelven. Volgens de 9ᵉ en 10ᵉ overw. *quoad jus* heeft de nu eischer het bewijs *niet* geleverd van de door hem gestelde oorzaak van het niet voleindigen, tijdig en goed afwerken van de te verbouwen huizen, nl. dat hij daarin door de bemoeijenissen en tegenwerking van den nu verw. is belemmerd. En met die feitelijke beslissing vervalt de grief.

„Bij het *tweede middel* wordt aangevoerd: schending en verkeerde toepassing van a. 1296 in verband met a. 1298 B.-W. De eischer heeft eene vordering in reconventie ingesteld; hij is daarin niet-ontvankelijk verklaard; en nu is de grief deze, dat *in factis* vaststaat, dat de verw. zelf de vervulling der voorwaarde heeft verhinderd. Volgens de 16ᵉ overw. van het arr. blijkt, dat uit de beslissing over de vordering in conventie voortvloeit dat de eischer in het leveren van het bewijs, dat de niet-voltooijing van het aangenomen werk aan den schuld van den verw. is te wijten, te kort is geschoten. De grief mist dus haren feitelijken grondslag.

„Als *derde middel* van cassatie is aangevoerd: schending en verkeerde toepassing der a. 1378, 1379 en 1385 B.-W. De eischer beweert dat bij de uitlegging van zekere verbindtenis tusschen partijen niet is gevraagd naar hare bedoeling, maar ofschoon de bewoordingen geene ruimte voor twijfel overlieten, daarvan toch door uitlegging is afgeweken.

„Bij de 3e overw. *quoad jus* wordt aangenomen dat bij het vonnis *a quo* teregt is beslist, dat uit het stuk van 11 Nov. 1881 niet blijkt, dat de verw. aan de werken daarin niet genoemd, zijne goedkeuring heeft gegeven of dat hij die aanvaard heeft, en dat alzoo eene volledige expertise van het *geheele* aangenomene werk moest geschieden.

„De inhoud van het stuk over welker uitlegging de H.-R. zou moeten beslissen is zelfs niet bekend.

„De voorziening is ongegrond, en ik heb de eer te concluderen tot hare verwerping en veroordeeling van den eischer in de kosten.”

ARREST. — De H.-R. der Ned. — Op het beroep van, enz.;

„Gezien de stukken enz.;

„O., dat als *eerste middel* van cassatie is voorgesteld: schending en verkeerde toepassing van a. 1277 B.-W.

„*a.* in verband met a. 1275 en 1285 B.-W., door in strijd met letter en geest dier a. toe te wijzen de *tweeledige* vordering, èn om gemagtigd te worden zelf eene verbindtenis te doen uitvoeren ten koste van den gepretendeerden schuldenaar, èn om den eischer in cassatie, oorspronkelijk gedaagde in conventie, te veroordeelen tot de betaling eener gestipuleerde boete-vordering, waarvan het eene lid het andere buitensluit;

„*b.* in verband met a. 1281 B.-W., door vergoeding van kosten, schaden en interessen toe te wijzen, ofschoon *in factis* vaststaat, toeval of overmagt, *in casu* gewelddadige verhindering door den verw. zelven;

„O., dat de 1e grief van dit *middel* bevat eene bewering van niet-ontvankelijkheid der ingestelde en toegewezen vorde-

ring, welke bij den *judex facti* niet is voorgesteld, zoodat het bestreden arr. daaromtrent geene beslissing bevat, en geen der aangehaalde a. door dat arr. kan zijn geschonden;

„O., dat de 2e grief van dit *middel* steunt op de feitelijke bewering, dat zoude vaststaan toeval of overmagt *in casu* gewelddadige verhindering door den verw. zelven;

„O., dat die bewering is in strijd met 's Hofs beslissing in de 9e en 10e overwn in regten van het bestreden arr., waarbij het Hof zich vereenigt met de beslissing der regtb., dat de eischer *niet* heeft geleverd het bewijs, dat hij in zijn werk belemmerd en belet was geworden door de bemoeijingen en tegenwerking van den verw.;

„O., dat het 2e gedeelte van dit *middel* mitsdien zijn feitelijken grondslag mist;

„O., dat als *tweede middel* van cassatie is voorgesteld: schending en verkeerde toepassing van a. 1296 B.-W., in verband met a. 1298 B.-W., door den eischer in cassatie niet-ontvankelijk te verklaren in zijne vordering tegen den verw. in cassatie, gegrond op diens voorwaardelijke verbindtenis, omdat nog niet is vervuld de voorwaarde, ofschoon *in factis* vaststaat, dat de verw. zelf heeft verhinderd de vervulling der voorwaarde;

„O., dat ook dit *middel* steunt op de feitelijk onjuiste bewering, dat de verw. zelf de vervulling der voorwaarde zoude hebben verhinderd, welk feit echter bij de 16e overw. van het bestreden arr. verklaard is niet te zijn bewezen, zoodat ook dit *middel* zijn feitelijken grondslag mist;

„O., dat als *derde middel* van cassatie is voorgesteld, subsidiair: schending der a. 1378, 1379 en 1385 B.-W., door, voor zooveel betreft den eisch in conventie, voorbij te zien, dat de oorspronkelijke gedaagde zich verbonden had, en, niet vragende naar de bedoeling van partijen, op grond eener enkele, min heldere uitdrukking van de bewoordingen der overeenkomst, — waar deze bewoordingen geene ruimte

voor twijfel overlieten, — daarvan toch door uitlegging af te wijken.

„O., dat dit *middel* steunt op de bewering, dat de *judex facti* de bewoordingen van eene overeenkomst verkeerd zoude hebben uitgelegd; dat echter de uitlegging der bewijsstukken in een proces uitsluitend behoort tot den werkkring van den *judex facti*, wiens uitspraak daaromtrent de eenige grondslag der *middelen* van cassatie moet zijn, zoodat ook dit *middel* allen grond mist;

„Verwerpt de voorziening;

„Veroordeelt den eischer in de kosten."

N° 1912. — Arrest van 31 October 1884.

(A. 1640 B.-W. in verband met § 452 en 457 der Alg. Voorw. van aanbesteding, vastgesteld bij beschikking van den Minister van Binnenl. Zaken van 22 Mei 1876.)

Heeft de eischer bewezen, dat te late oplevering van een gedeelte van het werk het gevolg was van omstandigheden, van zijnen wil onafhankelijk? — Neen.

Heeft de eischer het zich zelven te wijten, dat de betaling van het tweede gedeelte zijner tegenwoordige vordering, nog achtergebleven is, en kan de Staat met het door hem gedane aanbod volstaan? — Ja.

Na voorafgaande sommatie heeft de eischer (proc. Mr. P. J. Snel, adv. en proc. bij den H.-R.) den Staat in regten geroepen om veroordeeld te worden, hem eischer tegen kwijting uit te betalen eene som van *f* 1470.99, met renten en kosten, t. w.: *f* 500 als uitmakende het restant der aannemingssom wegens het gedurende 1882 onderhouden van, — en het doen van herstellingen aan de landsgebouwen te 's Gravenhage, en *f* 907.99 wegens aangenomen meerder werk aan die landsgebouwen ad *f* 1356.89, na aftrek van het bedrag van den

Staat van minder werk ad *f* 444.40, goedgekeurd door den Minister van Waterstaat, Handel en Nijverheid.

De gedaagde (proc. Mr. C. J. François, adv. en proc. bij den H.-R.) heeft daarop doen antwoorden dat de gevorderde *f* 500 bij de opmaking der ordonnantie van betaling van den zevenden termijn der aannemingssom was ingehouden als boete wegens tekortkoming aan de eischen bij bestek gesteld, en dat die ordonnantie door den eischer is aangenomen, door hem ter betaling is aangeboden en ontvangen, en daarmede die zevende termijn was afgedaan; dat voorts de som van *f* 907.99 sinds geruimen tijd ter beschikking des eischers is; doch deze verzuimt de daartoe vereischte comptabele stukken in te leveren en wel bepaaldelijk een staat van minder werk wegens de met onderling goedvinden van partijen plaats gehad hebbende opdragt aan een ander persoon van een deel der werkzaamheden, op zekeren staat van meer werk uitgetrokken ad *f* 1356.39, waartoe ook deze som behoorde.

De gedaagde, op grond van een en ander tot ontzegging, althans niet-ontvankelijkverklaring van het eerste deel der vordering concluderende, heeft zich bereid verklaard en voorzooveel noodig aanbod gedaan tot dadelijke uitkeering eener ordonnantie ad *f* 907.99 zoodra de eischer zal hebben ingeleverd bovengenoemden staat of verklaring van minder werk, concluderende met dit aanbod en de praestatie daarvan te kunnen volstaan, met niet-ontvankelijkverklaring, althans ontzegging van het meer gevorderde, en veroordeeling van den eischer in de kosten.

Tot wederlegging van des gedaagden beweringen is hierop door den eischer aangevoerd: vooreerst betreffende bedoelde boete wegens te late oplevering van den zevenden termijn, dat deze omstandigheid den eischer niet kan worden toegerekend, als zijnde geschied onafhankelijk van des eischers wil en geheel buiten zijne schuld, terwijl ten bewijze hiervan de

eischer in het geding bragt twee missives, ééne van den Minister van Waterstaat, Handel en Nijverheid, dd. 28 Febr. 1883, en ééne van den bouwkundige voor de landsgebouwen dd. 30 Mei 1883, uit welke missives volgen zou dat geen korting voor te late oplevering zou worden toegepast en geen boete verbeurd was; en ten tweede, betreffende de vordering van *f* 907.99: dat des eischers erkenden staat van meer werk ten bedrage van *f* 1356.39, zooals die tusschen hem en den voornoemden Minister was vastgesteld en door laatstgenoemden goedgekeurd, door den eischer met eene declaratie *in duplo* opgemaakt, reeds 12 Mei 1883 aan den Minister is ingezonden, en het dus werkelijk niet aan den eischer ligt dat deze hem niet is betaald geworden, met of zonder vermindering van den Staat van minder werk ad *f* 448.40.

Namens den Proc.-G. heeft de Adv.-G. VAN MAANEN de volgende conclusie genomen:

»De eischer heeft den Staat der Nederlanden gedagvaard tot betaling van eene som van *f* 1407.99 en zulks: *a.* wegens de aanneming van het gedurende 1882 onderhouden van- en het doen van eenige herstellingen aan de landsgebouwen te 's Gravenhage, ten bedrage van per resto *f* 500; *b.* wegens aangenomen meerder werk aan eenige landsgebouwen te 's Gravenhage ad *f* 1356.99, na aftrek van het bedrag van minder werk ad *f* 448.40, goedgekeurd door den Minister van Waterstaat enz., ten bedrage van het saldo ad *f* 907.99.

»Tot staving van de vordering sub *a* is aangevoerd, dat wel is waar de herstellingen op 1 Nov. 1882 en het onderhoud op 1 Jan. 1883 moesten zijn afgeloopen en dit eerst plaats had op 1 Febr., zoodat er eene vertraging van 120 dagen in het geheel was, doch dat de Minister de daarvoor beloopen boete had kwijtgescholden, zoodat de korting van *f* 500 wegens boete op den 7ⁿ betalingstermijn ten onregte was geschied, en die restereude aanneemingssom alsnog aan hem

aannemer verschuldigd was; dat volgens a. 12 van het bestek de vernieuwingen en herstellingen moesten voltooid zijn op 1 Nov. 1882, er dus toen eerst boeten konden worden beloopen en juist deze hem zijn geschonken, en dat in ieder geval volgens a. 13 van het bestek, van de kortingen welke den aannemer wegens verzuim of nalatigheid worden opgelegd door de directie aan dezen schriftelijk wordt kennis gegeven, hetgene ten deze geen plaats gehad heeft, zoodat hij, aannemer, niet gezegd kan worden in verzuim te zijn geweest.

„Mij komt het voor, dat dit gedeelte der ingestelde vordering alleszins ongegrond is. Het is waar, dat blijkens prod. *b* van gedaagde, de Minister van Waterstaat enz. den eischer heeft vrijgesteld van de korting wegens *die* 90 en 30 dagen te late oplevering op grond, dat *een deel* der werken van den 7[e] termijn en het werk van den 8[e] termijn te laat was opgeleverd, door omstandigheden van den wil des aannemers onafhankelijk, maar vermits het werk over een aantal perceelen liep, behoeft het niet in de bedoeling des Ministers te hebben gelegen, hem ook te ontheffen van boeten, beloopen voor te late oplevering van werk, waar de vertraging aan hem was te wijten.

„En zulks was hier het geval. Dit blijkt duidelijk: ten eerste uit den aanhef van 's Ministers beschikking, luidende: „gezien de certificaten van betaling groot *f* 4328.62½ en *f* 4753.62½, afgegeven ten behoeve van den aannemer Th. H." De Minister handhaaft bij deze beschikking ten stelligste de boete van *f* 500, door vermelding van het bedrag van het mandaat voor den 7[e] termijn, hetwelk *f* 500 lager is dan het bedrag van $^1/_8$ der aannemingssom.

„Al verder resulteert dit uit den brief van 15 Nov. 1882 (prod. 10), waarbij den eischer wordt medegedeeld, ten aanzien van welke werken hij niet voldaan had aan het bepaalde bij a. 12, § 14 van het bestek; deze waren werken die door toedoen van den aannemer niet op den bepaalden

tijd waren vernieuwd of hersteld en waarvoor hem de boete was opgelegd.

„Uit het geheel der zaak blijkt, dat hij in een deel van het werk buiten zijn schuld was opgehouden, vermoedelijk ten gevolge van de verbouwingen aan het Binnenhof, en dat hij daarom teregt van de boete daarvoor beloopen, was ontheven.

„Daarentegen was het werk in voormelden brief opgenoemd, niet voltooid door omstandigheden van den wil des aannemers niet onafhankelijk, en de eischer erkent dit zelf ook in zijn request aan den Minister van 19 Febr. 1883 (prod. 16), waar hij het niet opgeleverde als van luttel belang voorstelt.

„En daarmede sluit geheel de brief op 30 Mei 1883 (prod. 18), aan den eischer gerigt, houdende:

„dat voor de 50 dagen te late oplevering van een ander gedeelte van het werk, zijnde die vertraging wel door uw toedoen veroorzaakt, u daarvoor eene boete van *f* 500 is opgelegd."

„De Minister heeft den eischer alzoo deze boete noch geschonken, noch willen schenken, en van het beloopen dier boete is hem bij den voormelden brief van 15 Nov. 1882, overeenkomstig a. 13 van het bestek, door de directie behoorlijk kennis gegeven.

„Het eerste deel dier vordering acht ik mitsdien ongegrond.

„Het andere deel der vordering wordt volgenderwijs toegelicht: dat des eischers erkende staat van meerder werk ad *f* 1356.39 tusschen hem en den Minister vastgesteld, met eene declaratie in duplo 12 Mei 1883 is ingezonden, doch met of zonder vermindering van *f* 448.40 voor minder werk, onbetaald is gebleven; dat hij gedwongen is geworden het behangerswerk op gezegde som van *f* 448.40 vastgesteld, te doen verrigten door een anderen dan den door hem daarvoor aangenomen behanger, en de eisch dat deze moest zijn betaald, alvorens zijne declaratie ad *f* 1356.39 werd gehonoreerd, was onbillijk en onverdiend, en er thans geen reden bestaat om zijne vordering ad *f* 907.99 niet toe te

wijzen, terwijl de bewering van den gedaagde dat hij in verzuim was de comptabele stukken over te leggen, onjuist is, omdat de Algemeene Voorwaarden niet van toepassing zijn op het bij onderhandsch contract aangenomen bijwerk.

„Met opzigt tot het laatste gaat des eischers bewering niet op, omdat volgens prod. 12, het hoofd van den staat van het bijwerk naar § 452 der Algemeene Voorwaarden verwijst, en er hier van geene afzonderlijke uitbesteding sprake is, maar van eene toevoeging aan de in het bestek niet opgenomen werkzaamheden.

„De gedaagde heeft ten opzigte dezer vordering gezegd en zulks is niet weersproken, en blijkt bovendien uit prod. 13, dat de directie het behangerswerk *met goedvinden* van den eischer heeft doen uitvoeren, mits de daarop vallende kosten niet voor zijne rekening kwamen.

„Dat werk is daarop van den Minister voor den bepaalden prijs aangenomen door den behanger B.; jegens dezen was alzoo de Staat verbonden. De eischer had dus na afloop van al het werk de keus om òf de betaling der *f* 448.40 aan B. door eene kwijting te staven, als wanneer hij op eene ordonnantie groot *f* 1356.39 regt had, òf een staat van minder werk tot dat bedrag in te leveren, als wanneer hem eene ordonnantie tot het thans gevorderde bedrag van *f* 907.99 zou zijn afgegeven.

„De eischer, en ook dat is niet weersproken, heeft echter geweigerd een of ander te doen, en het is alzoo geheel en al aan hem te wijten, dat hij nog geene betaling heeft ontvangen, zoodat de Staat met het door hem gedane aanbod kan volstaan.

„Ik heb alzoo de eer te concluderen dat des eischers vordering, voor zooveel betreft de *f* 500, aan hem zal worden ontzegd, en dat de H.-R. zal verstaan dat de gedaagde kan volstaan met zijn aanbod en met de praestatie van het aanbod tot dadelijke afgifte eener ordonnantie ad *f* 907.99

zoodra de eischer zal hebben ingediend den staat van minder werk ad *f* 448.40; eindelijk met veroordeeling van den eischer in de proceskosten."

ARREST. — De H.-R. d. Ned. — Op het beroep van, enz.;

»O. in regten, dat de eischer in de eerste plaats vordert het door den Staat, overeenkomstig het tusschen partijen erkende contract van aanneming ingehoudene op den zevenden termijn van aanneming wegens te late oplevering van daartoe behoorende werkzaamheden;

»dat de eischer die te late oplevering erkent, maar beweert zulks aan overmagt te wijten was, hetgeen de gedaagde vroeger zou erkend hebben, doch ten gedinge uitdrukkelijk door hem betwist wordt;

»dat het bewijs dier bewering dus rust op den eischer, doch dat de stukken tot dat einde door den eischer in het geding gebragt, niet strekken kunnen om die bewering te staven;

»dat immers bij voormelde missives (geregistreerd te 's Gravenhage 8 Sept. 1884, deel 105, folio 104 verso, vak 6, blad 1, geen renvooi. Ontvangen voor regt *f* 1 20. De ontvanger g. a. (get.) W. C. D. M.), wel erkend wordt, dat een deel der werken voor den zevenden termijn, 90 dagen te laat is opgeleverd door omstandigheden onafhankelijk van den wil des aannemers, doch dat daaruit nog niet volgt, dat eene te late oplevering van een ander deel dier werken door dezelfde omstandigheden zou veroorzaakt zijn;

»dat juist zoodanige vertraging wèl door des eischers toedoen veroorzaakt, bij de tweede missive, waarop de eischer zich beroept (geregistreerd te 's Gravenhage 8 Sept. 1884, deel 83, folio 90 recto, vak 4, twee bladen, geen renvooi. Ontvangen voor regt *f* 1 20. De ontvanger g. a. (get. W. C. D. M.), hem is tegengeworpen, zoodat ook die missive niet bewijst, wat de eischer daaruit wil afleiden;

»dat integendeel, de in eerstgenoemde missive voorkomende

vermelding van het afgegeven certificaat van betaling wegens den zevenden termijn met eene korting van *f* 500 op het bedrag daarvan ten bewijze strekt, dat die missive geenszins de strekking had om des eischers ongehoudenheid ook wegens de met die korting bedoelde verzuimen te erkennen;

„dat des eischers beweren voorts in strijd is met den inhoud van een door hem onder dagteekening van 19 Febr. 1883 aan den Minister gerigt verzoekschrift, door den gedaagde ten gedinge overgelegd, waarin uitdrukkelijk erkend wordt dat, bovenbedoelde omstandigheden buiten rekening latende, aan de oplevering van genoemden termijn ook wel het een en ander ontbrak dat niet was onafhankelijk van den wil des aannemers;

„dat eindelijk de eischer, door de ordonnantie van betaling, waarop meergemeld bedrag gekort was, aantenemen, ter betaling aan te bieden en te ontvangen, reeds metterdaad de juistheid dier korting erkend heeft;

„O., dat dus het eerste gedeelte van des eischers vordering voor geen toewijzing vatbaar is;

„O. betreffende het tweede gedeelte dier vordering, dat omtrent de verschuldigdheid daarvan geen verschil tusschen partijen bestaat, maar enkel aan wien de vertraging in de afdoening zou te wijten zijn;

„dat de gedaagde daarvoor als reden aangeeft des eischers verzuim om een staat van minder werk in te leveren, hoedanige hem, vóór de dagvaarding zelfs, in dubbel en op zegel ter teekening zou zijn gegeven;

„O., dat de eischer zich omtrent die laatste bewering niet alleen niet heeft uitgelaten, maar in de dingtalen zich beroepen heeft op de inlevering van een anderen staat, te weten die van meer werk tot een hooger bedrag, die de gedaagde in gebreke zou zijn gebleven hem, met of zonder vermindering van den staat van minder werk, uit te betalen;

„O., dat de eischer dus, ofschoon niet betwistende dat de

thans door hem gevorderde betaling tot een minder bedrag overeenkomstig een staat van minder werk geschieden moest, niet beweert zoodanigen staat te hebben ingeleverd;

„O. evenwel, dat blijkens den inhoud van meergemelden, door partijen geteekenden staat van meer werk (*in duplo*) (geregistreerd te 's Gravenhage dd. 13 Jan. 1883, deel 102, folio 20 verso, vak drie, twee bladen, geen renvooi. Ontvangen *f* 18.77, als regt *f* 13.60, 38 opcenten *f* 5.17, te zamen *f* 18.77. De ontvanger g. a. (get.) B.), deze was opgemaakt overeenkomstig en met toepassing der Alg. Voorschriften voor de uitvoering en het onderhoud van werken onder het beheer van het Departement van Binnenlandsche Zaken, vastgesteld bij beschikking van 22 Mei 1876, en dat volgens § 452 dier voorschriften (geregistreerd te 's Gravenhage 27 Oct. 1884, deel 83, fol. 155 verso, vak 8, honderd en acht bladen, geen renvooi. Ontvangen voor regt *f* 1.20. De ontvanger g. a. (get) W. C. D. M.), zoowel van minder als van meer werk een staat moet worden opgemaakt, terwijl volgens § 457 dier voorschriften de betaling van het den aannemer verschuldigde, eerst plaats heeft nadat het certificaat van betaling en de verder gevorderde bewijsstukken behoorlijk in orde zijn ingekomen;

„O., dat de eischer, door dit niet in acht te nemen, aan zich zelven te wijten heeft dat de betaling van het tweede gedeelte zijner tegenwoordige vordering nog achtergebleven is, en de gedaagde mitsdien met zijn aanbod en de praestatie daarvan alsnog volstaan kan;

„Ontzegt den eischer diens vordering, voorzooveel betreft de som van *f* 500, als uitmakende het restant der aannemingssom hierboven nader omschreven;

„En ten opzigte der gevorderde *f* 907.99:

„Verklaart dat de gedaagde volstaan kan met- en, voorzooveel noodig, veroordeelt hem tot praestatie van zijn aanbod, tot dadelijke afgifte eener ordonnantie, groot *f* 907.99,

zoodra de eischer zal hebben ingeleverd den bovenvermelden staat van minder werk, groot *f* 448.40;

„Veroordeelt den eischer in de kosten van het regtsgeding."

N° 1913. — Arrest van 14 November 1884.

(A. 443; a. 467 volgg. j° a° 183 sqq. B.-W.; a. 336 B.-R.)

Verbiedt eenig wetsa. uitgaven, die door de moeder, als feitelijk in den onverdeelden boedel met hare kinderen zijnde en dien boedel beheerende en tevens in hare betrekking als wettige voogdes ten nutte der onroerende goederen van dien boedel gedaan, bij de geregtelijke scheiding in het passief des boedels te brengen? — NEEN.

Is de bewering, dat die uitgaven alleen in de voogdijrekening behooren te worden te berde gebragt, gegrond, als niet blijkt in welke hoedanigheid die uitgave ware gedaan? — NEEN

Wordt tot het besteden van een gedeelte der koopsom van een met regterlijke magtiging verkocht onroerend goed tot herstelling en verbouwing van andere onroerende goederen en tot het doen van dergelijke uitgaven, ergens in de wet eene regterlijke magtiging vereischt? — NEEN.

Tegen een arr. van het Geregtshof te 's Hertogenbosch 13 Nov. 1883 tusschen partijen gewezen heeft zich in cassatie voorzien de nu eischer C. S., vertegenwoordigd door Mr. A. P. T. EYSSELL, advocaat bij den H.-R., en wel, voorzoover hem req. zijne voor het Hof genomene conclusiën, niet zijn toegewezen, met uitzondering alleen van dat gedeelte, waarbij is verworpen een door req. tegen den 2ⁿ geïnsinueerden aangevoerd middel van niet-ontvankelijkheid wegens gemis van belang, — daarentegen de geïnsinueerden zijn toegelaten tot het bewijs van feiten, welker staving door getuigen hem door den eersten regter niet was toegestaan, hem een nadere termijn om bevel tot dagvaarding van getuigen te vragen, is verleend en req. is veroordeeld in de proceskosten.

Bij de dagvaarding voor den H.-R. heeft de eischer de geïnsinueerden doen aanzeggen, voor dat collegie op dag en uur daarbij voormeld, te verschijnen, ten einde:

„A. bij vonnis van 11 Jan. 1883 van de arr.-regtb. te Maastricht de verw^s in cassatie zijn toegelaten om in de tusschen partijen hangende zaak van gewone behandeling voor eenen regter-commissaris uit de regtbank getuigen te doen hooren tot bewijs van de hunnerzijds gestelde feiten, in dat vonnis gespecificeerd sub 1°, 2°, 3° en 4°, zulks met bepaling van eenen termijn, ingevolge het 2^e lid van a. 208 B.-R., doch hunne conclusie om bovendien te worden toegelaten tot bewijs van zekere andere feiten, door hen tevens sub 5° en volgende n^{os} gesteld, hun is ontzegd, als zijnde die feiten niet ter zake dienende en afdoende, met reserve van kosten;

„A. op het van dit vonnis door de verw^s in cassatie ingesteld appel, het Hof bij zijn beklaagd arr., in zoover vernietigend voorschreven vonnis en de zaak verder naar de regtb. terugwijzend, hen verw^s heeft toegelaten ook tot het bewijs door getuigen van de vijfde en volgende door hen gestelde feiten, hun heeft verleend een nieuwen termijn tot het getuigenverhoor over de vier eerste feiten, en den eischer in cassatie heeft veroordeeld in de kosten van het hooger beroep;

„A. het Hof het door de regtb. ontzegd bewijs toelaatbaar oordeelende en op voorschreven wijs beslissende, de wet in meer dan een opzigt heeft geschonden en verkeerd toegepast;

„A. *in facto* vaststaat:

„1° dat bij vonnis van 23 Mei 1879, door den H.-R. bevestigd, de verw^s in cassatie zijn veroordeeld om met den eischer, vruchtgebruiker van het vermogen hunner dochter en zuster, over te gaan tot geregtelijke scheiding en verdeeling van *a* de algeheele huwelijksgemeenschap tusschen de verw^{sse} en wijlen den heer R. H. S., door diens overlijden op

27 Augustus 1868 ontbonden; *b* de door hetzelfde overlijden opengevallen nalatenschap van dien heer S.;

„2° dat het tegenwoordig geding zijnen oorsprong heeft in bezwaren, door den eischer in cassatie bij den boedelnotaris gemaakt (toen men voor dezen compareerde o. a. tot de opneming van de passiva des boedels) tegen het toelaten van een post, door verw^e in het passief der scheiding gewild ter zake van gedeeltelijke besteding of aanwending van den koopprijs, waarvoor na het overlijden van den heer S. was verkocht een tot diens huwelijksgemeenschap behoord hebbend en dus gedeeltelijk aan de toen minderjarige echtgenoote van den eischer toebehoorend onroerend goed;

„3° dat de verw^sse, die was wettelijke voogdesse van die minderjarige en toen het vruchtgenot van hare goederen genoot, de volgens hare opgaaf uit voorschreven kapitaal bestede som van *f* 28.754 heeft aangewend voor de doeleinden door haar beweerd, en tot welker bewijs door getuigen het Hof de verw^e heeft toegelaten, *zonder* dat *zij* daartoe had bekomen regterlijk verlof;

„I. A. het Hof hen niet tot dit bewijs had mogen toelaten omdat de te bewijzen feiten in geen geval konden strekken om de admissie van voorschreven *f* 28,754 als passief in de onderwerpelijke scheiding te regtvaardigen, daar de door verw^sse gepretendeerde uitgaven niet behoorden in deze boedelscheiding, gelijk zij bij voormeld vonnis is bevolen geworden, maar bij de door haar verschuldigde voogdij-rekening niet alleen konden, maar ook moesten worden te berde gebragt, en het Hof alzoo heeft geschonden en verkeerd toegepast de a. 199 en 203 B.-R., a. 467 en 468 in verband met a. 183, 451, 880, 1001, 1002, 1112, 1119, 1125, 1132, 1953 en 1958, allen B.-W., met a. 774 en 779 B.-R.;

„A. door het overlijden van den heer R. H. S. de verw^sse is geworden wettige voogdesse harer overleden dochter, echtgenoote van den eischer;

»A. de eischer de regtmatigheid der bewuste uitgaven bestrijdt met beroep op de verpligtingen van haar, die ze deed, als *voogdesse;*

»A., welk nu ook het regt of onregt dezer betwisting zij, dit onbetwistbaar mag worden geacht, dat verw^sse tegenover den eischer hare bevoegdheid, om ten laste van het vermogen harer dochter uitgaven te doen, aan niets anders kan ontleenen dan aan hare qualiteit van voogdesse;

»A. niet minder duidelijk is dat uitgaven, beweerdelijk o. a. in die qualiteit gedaan en dus voor zoover te verantwoorden en te debatteren bij de rekening van a. 467 B.-W., in geen geval kunnen wezen uitgaven of lasten behoorende tot de *huwelijksgemeenschap* der verw^sse, of tot de *nalatenschap* van wijlen haren echtgenoot, en dientengevolge passiefposten van deze te scheiden boedels;

»A. hieruit noodwendig voortvloeit *eensdeels* dat, wanneer verw^sse haar regt tot die uitgaven erkend wil hebben door den tot tegenspraak bevoegden eischer, zij die erkenning zal moeten zoeken en de regtvaardiging ondernemen met en bij de toepassing der a. 467 en 468 B.-W.; *anderdeels*, dat het debat over dit regt behoort te blijven buiten de onderwerpelijke scheiding, waarin de eischer niet geregtigd is de gedane ontvangsten te stellen tegenover de quaestieuse uitgaaf, zoodat de verantwoording van het voogdijbeheer geheel uit haar verband gerukt is;

»A. hierin geen verandering wordt gebragt door het feitelijk beheer, dat de verw^sse over de ongescheiden massa heeft gehad;

»A. toch zoodanig feitelijk beheer nooit tot wijziging van hare positie regtens als voogdesse kan leiden en in de onderwerpelijke boedelscheiding een debat over het regt verstand der voorschriften op het voogdijbeheer, welke de eischer in cassatie miskend acht, nooit kan zijne plaats kan wezen;

»II. A het Hof het gevorderd getuigenbewijs niet had

mogen toelaten omdat, — al werden de te bewijzen feiten volkomen gestaafd, — zij toch niet konden strekken om de besteding der ƒ 28,754 op de gepretendeerde wijs te regtvaardigen, dewijl daartoe noodig was geweest voorafgaand regterlijk verlof, en het Hof alzoo heeft geschonden en verkeerd toegepast de a. 199 en 203 B.-R., a. 441, 443, 446, 447, 449, 450, 451, 459, 462, 463 en 465 B.-W., a. 1112, 1119, 1125, 1133 *eodem;*

„A. de verw^ste^ door de beweerde en met getuigen te bewijzen ongeautoriseerde handelingen kapitaal van de minderjarige heeft vervreemd, verteerd of op welke wijs aangesproken (althans niet heeft belegd) op eene manier, die nietig is zelfs ten aanzien van hare dochter, aan wie eischer zijne regten ontleent, en hij dus ongehouden is den desbetreffenden post bij de zamenstelling der massa als passiefpost toe te laten;

„A. het Hof eene andere leer voornamelijk grondt op de met de aangehaalde wetsbepalingen strijdige stelling, als zou uit niets kunnen afgeleid worden dat de Nederlandsche wetgever alle of althans alle beteekenende aanwending van kapitaal van minderjarigen verbiedt of wraakt, zonder magtiging van den regter, — en op het betoog dat de voogden, ten aanzien hunner pligten omtrent het kapitaal van den minderjarige, grootelijks verschillen van gewone beheerders of gemagtigden;

„A. echter s. r. het verschil tusschen deze laatsten en den voogd veeleer hierin is te zoeken, dat de voogd aan veel strenger controle is gebonden, juist blijkens de door het Hof geurgeerde eischen van toezigt, zekerheidstelling, vaderpligt en wat dies meer zij;

„A. althans, wel verre dat mag worden aangenomen verschil in de rigting van grootere magt en vrijheid van den voogd, regtens is dat hij is een beheerder, die het kapitaal van den minderjarige niet mag compromitteren, maar op bepaalde wijze moet beleggen en daarom stellig onbevoegd is tot alle

daden van beschikking over dat kapitaal, tenzij vooraf door den regter gemagtigd;

„A. dan ook de eerste verw^{sse} wijlen de echtgenoote van den eischer in cassatie niet regtens heeft vertegenwoordigd bij de handelingen, op welke zij haar regt grondt om den bewusten post in het passief van de onderwerpelijke scheiding te brengen;

„III. A. bij het vonnis der regtb. te Maastricht, waarbij het door verw^s gevraagde getuigenverhoor op de vier eerste feiten was toegestaan en op de zeven laatsten geweigerd, de termijn, binnen welken het bevel tot dagvaarding der getuigen aan den regter-commissaris zou moeten worden gevraagd, was bepaald op tien dagen na beteekening van dat vonnis door de meest gereede partij;

„A. de eischer die beteekening op 19 en 20 Febr. 1883 had doen bewerkstelligen, en de verw^s eerst den 7ⁿ Maart daaraanvolgende hebben geappelleerd, o. a. voor zoover ten aanzien van het toegelaten bewijs de termijnsbepaling tot het vragen van het bevel tot het dagvaarden der getuigen betreft en van het Hof eene nieuwe termijnsbepaling voor de formaliteiten tot het bewijs der gestelde feiten hebben gevorderd;

„A. het Hof werkelijk zoodanige nieuwe termijnsbepaling heeft verleend;

„A. hierdoor zijn geschonden en verkeerd toegepast de a. 208, 209, 332, 334, 336 en 337 B.-R., daar noch het slot van a. 209 voornoemd, noch het karakter en het onderwerp van het vonnis, noch de door verw^s gepleegde daad van berusting toelieten, om na het verloop der door de regtb. verleende tien dagen een nieuwe termijn te verleenen;

„A. integendeel voor de verw^s het vermogen om getuigen te doen hooren, was verloren gegaan, althans hun verzoek omtrent den termijn was niet-ontvankelijk;

„te hooren vernietigen het arr. 13 Nov. 1883 door het Geregtshof te 's Hertogenbosch tusschen partijen gewezen en bij datzelfde 's H.-R.'s te wijzen arr. den eischer in cassatie

alsnog te hooren toewijzen zijn voor het Hof genomen conclusiën, alzoo dat de H.-R. het vonnis der arr.-regtb. te Maastricht, waarvan de gedaagden bij het Hof waren gekomen in hooger beroep, moge bevestigen, met veroordeeling van deze laatsten in cassatie in al de kosten van het geding."

Voor de verw[e], vertegenwoordigd door Mr. C. J. François, advocaat bij den H.-R, is de volgende conclusie genomen:

„A. het *eerste middel* van cassatie neerkomt op het beweren, dat de tot bewijs' toegelaten daadzaken niet zijn ter zake dienende en afdoende, omdat de daarbij bedoelde uitgaven noodwendig *moeten* verrekend worden in de voogdij-rekening der verw[sse] en niet *mogen* verrekend worden bij de verdeeling der quaestieuse huwelijksgemeenschap en nalatenschap;

„A. *in facto* vaststaat en door den eischer zelf dan ook wordt gesteld, dat de gezegde uitgaven door de verw[e] zijn opgegeven als behoorende tot de passiva des boedels, toen partijen voor den boedel notaris de beschrijving van den boedel opmakende, na opgave van hetgeen op het oogenblik der ontbinding van de gemeenschap aanwezig was, ook de daarin sedert voorgevallen veranderingen hebben aangewezen, ten einde tot den tegenwoordigen staat des boedels te geraken;

„A. het Hof naar aanleiding hiervan beslist: „dat gezegde „uitgaven wel niet gedaan zijn vóór de ontbinding der „gemeenschap, maar gesteld worden als gedaan toen de onver„deeldheid door die gemeenschap veroorzaakt, nog bestond" aan en ten nutte van goederen die tot den onverdeelden boedel van die gemeenschap behooren, en dat ofschoon die uitgaven in de door de verw[sse] afgelegde of nog afteleggen voogdij-rekening op haar plaats zijn, dit niet belet dat, indien ze gedaan zijn gelijk gesteld wordt, ze ook in rekening kunnen gebragt worden bij de verdeeling;

„A. door deze beslissing geen der talrijke bij het *middel* aangehaalde wetsbepalingen kan geschonden of verkeerd toegepast zijn, daar geen dier bepalingen gebiedend voorschrijft,

dat uitgaven, als waarvan hier de rede, niet anders dan bij de voogdij-rekening kunnen verrekend worden en die uitgaven dan ook zelfs eigenaardig tehuis behooren bij de vaststelling der massa, welke zonder haar den naauwkeurigen stand des boedels niet zou aanwijzen;

„A. de eischer zelf dat zoo goed heeft ingezien, dat hij in de verrekening van andere veranderingen, die in den stand des boedels hadden plaats gevonden, heeft toegestemd en dus zelfs moet geacht worden de voogdij-rekening met de zamenstelling der massa te hebben vereenzelvigd;

„A. alzoo het *eerste middel* is ongegrond;

II. „A. bij het *tweede middel* wordt beweerd, dat de verw[sse] niet geregtigd was de meergemelde uitgaven te doen zonder regterlijke magtiging en dus ook uit dezen hoofde het bewijs der uitgaven niet mogt toegelaten worden;

„A. uit het arr. blijkt, dat genoemde uitgaven (ten gezamenlijke bedrage van *f* 14,993.89, niet van *f* 28,754.00, zooals de dagvaarding in cassatie zegt), zijn besteed aan herbouw wegens bouwvalligheid of aan hoogst noodzakelijke en nuttige grove reparatiën van de daarbij bedeelde gebouwen;

„A. bij geen der in het *middel* opgesomde a. en ook bij geen andere wetsbepaling aan den voogd als verpligting wordt opgelegd om tot het doen van noodzakelijke verbouwingen of grove reparatiën regterlijke magtiging te vragen, en hij dus niet kan geacht worden zonder magtiging tot het verrigten dier werken onbevoegd te zijn;

„A. volgens a. 443 B.-W. de voogd de goederen van den minderjarige als een goed huisvader moet besturen en het ongetwijfeld tot de pligten van een goed huisvader behoort de noodzakelijke reparatiën te doen;

„A. wel verre dat daardoor een deel van het kapitaal van den minderjarige op onwettige wijze zou worden vervreemd of verteerd, integendeel voor de behoorlijke bewaring van dat kapitaal wordt gezorgd;

„A. het gevolg der door de verw^sse gedane reparatiën dan ook is geweest dat de gebouwen des te hooger in waarde zijn geschat en de eischer met die hoogere schatting genoegen heeft genomen;

„A. dus ook het *tweede middel* is ongegrond;

III. „A. bij het *derde middel* van cassatie de daarbij aangehaalde a. B.-R. als geschonden worden voorgesteld, omdat het Hof een nieuwen termijn heeft bepaald voor het aan den regter-commissaris te vragen bevel tot dagvaarding der getuigen ook voor die daadzaken, wier bewijs reeds door de regtb. was toegelaten:

„A. dit *middel* steunt op de onderstelling dat er in eerste instantie *twee* getuigenverhooren waren gevraagd, waarvan het eene toegelaten, het andere, afgewezen is, zoodat het Hof, over dit laatste alleen te oordeelen hebbende, ook tot het houden daarvan alleen eene termijnsbepaling kon verleenen;

„A. evenwel deze onderstelling is erroneus en afstuit op de beslissing van het Hof, dat *het verzoek* om tot getuigenverhoor te worden toegelaten *ten deele* is ingewilligd, *ten deele* afgewezen, waaruit duidelijk blijkt, dat *een enkel* getuigenverhoor tengevolge van het ingesteld appel de termijnsbepaling was komen te vervallen, en in hooger beroep door eene nieuwe termijnsbepaling moest vervangen worden;

„A. dit met geen der aangehaalde wetsa. strijdt en derhalve ook dit *middel* niet kan opgaan;

„Zoo concludeert de advocaat der verw^s tot verwerping der voorziening, met veroordeeling van den eischer in de kosten."

De Proc.-G. Mr. Römer heeft in deze de volgende conclusie genomen:

„Bij het dictum van het arr. van het Geregtshof te 's Hertogenbosch, waartegen deze voorziening is gerigt, is het vonnis der regtb. te Maastricht vernietigd voor zoover aan de nu verw^s is ontzegd de toelating tot het bewijs door getuigen van een deel der door hen gestelde daadzaken, zoo

mede wat betreft de termijnsbepaling voor het vragen van bevel tot dagvaarding van getuigen en een nieuw getuigenverhoor met nieuwen termijn bevolen.

»Dat arr. is dus interlocutoir, en door den geachten raadsman der verw° is beweerd, dat de daartegen aangevoerde *middelen* de strekking hebben om reeds *a priori* te bewijzen, dat het toegelaten getuigenbewijs niet ter zake dienende en afdoende is, en dat die vraag geheel ter beoordeeling is van den *judex facti*. Die bewering werd door hem gestaafd door de aanhaling van meerdere arr^{n} van den Raad. Teregt is door den geachten raadsman van den eischer opgemerkt, dat de jurisprudentie op dit punt is gewijzigd en geoordeeld dat de juistheid eener interlocutie aan het oordeel van den Raad kan worden onderworpen, wanneer het al of niet toelaten van een verhoor op vraagpunten het gevolg is van regtsgronden. De Raad zie het arr. van 24 Nov. 1876 met de conclusie van mijn ambtgenoot Mr. Polis (v. d. Hon., *B.-R.* XLI, 430) en dat van 23 Dec. 1881 met mijne conclusie (v. d. Hon. *B.-R.* XLVII, 95; *N. Rspr.* CXIV, 233 en CXXIX, 218)

»Ik zal dus de voorgestelde *middelen* onderzoeken; de dagvaarding in cassatie wijst er *drie* aan na opgave van eenige feiten, welke in dit geding buiten geschil zijn tusschen partijen.

»Bij het *eerste middel* worden als geschonden en verkeerd toegepast opgegeven de a. 199, 203 B.-R., a. 467, 468 in verband met de a. 183, 451, 880, 1001, 1002, 1112, 1119, 1125, 1132, 1953, 1958 B.-W. en a. 774 en 779 B.-R.

»Ik moet kort den stand van het geding herinneren. De eischer in cassatie is vruchtgebruiker van den boedel van zijne overledene vrouw, die met hare moeder en broeder, de verw° in cassatie, was in onverdeelde gemeenschap van den boedel haars vaders, en die mitsdien had de *actio familiae erciscundae*.

„Volgens 's H.-R's arr. van 4 Mrt. 1881 (*N. Regt.* CXXVII, 158; v. D. Hon., *B.-R.* XLVI, 87 en v.) was de eischer krachtens zijn regt van vruchtgebruik, geregtigd tot het instellen dier actie en kon hij mitsdien scheiding en deeling vragen. Bij de geregtelijke boedelscheiding, dientengevolge tusschen partijen voorgenomen, heeft de eischer de regtmatigheid van eenige uitgaven bestreden, en beweerd dàt deze, als in geen geval behoorende tot de ontbonden *huwelijksgemeenschap* of tot de nalatenschap van wijlen haren echtgenoot, door de eerste verw^sse slechts konden zijn gemaakt in hare hoedanigheid van wettige *voogdesse* over hare minderjarige dochter, de echtgenoote des eischers; dat deze uitgaven mitsdien in de voogdijrekening moeten worden gedebatteerd, maar geen punt van debat kunnen uitmaken bij de scheiding en deeling, en uit dien hoofde het gevraagde getuigenverhoor ontoelaatbaar is.

„En nu is 's Hofs beslissing *in jure*, waartegen bij het *eerste middel* van cassatie wordt opgekomen, deze, dat de beweerde uitgaven, waartoe het gevraagd getuigenverhoor betrekking heeft, wel niet gedaan zijn *vóór de ontbinding der gemeenschap*, maar gesteld worden als gedaan toen de onverdeeldheid, door die gemeenschap veroorzaakt, nog bestond, aan en ten nutte van goederen die tot den onverdeelden boedel van die gemeenschap behoorden; dat die uitgaven zeer zeker in de door de eerste verw^sse reeds afgelegde, of nog af te leggen voogdij-rekening op derzelver plaats zijn, maar dit niet belet, dat, indien zij gedaan zijn *gelijk gesteld wordt*, die *òok* in rekening kunnen worden gebragt bij *deze* verdeeling. Ik doe opmerken, dat het Hof in het midden laat of voogdijrekening reeds is afgelegd, of nog moet worden afgelegd; en dat het Hof evenmin beslist, wanneer en hoe de in het passief des boedels gebragte uitgaven zijn gedaan; dit alleen staat vast, dat zij gedaan zijn, toen de onverdeeldheid nog bestond.

„Nu is zeker in de vele aangehaalde a., die ik niet elk afzonderlijk zal nagaan, geene bepaling te vinden, die ver-

biedt om over uitgaven, die door de moeder, als feitelijk in den onverdeelden boedel met hare kinderen zijnde en dien boedel beheerende, en tevens in hare betrekking als wettige voogdesse ten nutte der onroerende goederen van dien boedel gedaan, bij de geregtelijke scheiding in het passief des boedels te brengen, en daarbij te debatteren. De geachte raadsman van den eischer geeft dit ook toe, maar hij beweert dat bij eene boedelscheiding, welke bij vonnis is bevolen, slechts die boedel in aanmerking kan komen, welke de regter op het oog had, en dat zulks duidelijk voortvloeit uit het onderling verband van de bij het *middel* als geschonden voorgestelde wetsbepalingen. Ik wil nu de juistheid dier stelling voor een oogenblik aannemen, dan is het de vraag welke boedel het object was van de bij vonnis bevolene boedelscheiding; en daarop geeft het vonnis der regtb., waartoe het arr. verwijst, een antwoord. In de 1e overw. *quoad facta* zegt de regtb., dat bij haar vonnis van 23 Mei 1879, bevestigd bij het hierboven vermeld arr. van den Raad, is bevolen de scheiding en deeling van de *algeheele gemeenschap van goederen*, welke tusschen de eerste verwsse en wijlen haren echtgenoot heeft bestaan, benevens van de *nalatenschap* van laatstgemelden. Van die nalatenschap had de eerste verwsse het vruchtgebruik, terwijl de vrouw van den eischer mede-erfgenaam was; die nalatenschap is dus door de eerste verwsse beheerd als *voogdesse* en als *vruchtgebruikster*.

»Nu was zij in eerstgemelde betrekking verpligt eene voogdij rekening af te leggen van het door haar over het goed der minderjarige gevoerd beheer; het Hof laat in het midden of zij dit al dan niet heeft gedaan; maar het komt mij voor dat het Hof door te beslissen, dat de in het passief gebragte posten in rekening kunnen worden gebragt bij de bevolen boedelscheiding indien het blijkt, dat zij, zooals bij het gevraagd verhoor gesteld wordt, zijn gedaan toen de onverdeeldheid door *algeheele gemeenschap* veroorzaakt, nog bestond,

aan en *ten nulle* van goederen, tot den onverdeelden boedel van die gemeenschap behoorende, de grenzen van het object van het regterlijk bevel niet is te buiten gegaan. En deze is toch de eenige grond, waarop de schending en verkeerde toepassing der aangehaalde a. berust. En wanneer nu blijkt, dat het Hof niet twee boedels heeft verward, dan komt zeker de vraag te pas, in welke hoedanigheid de verw^sse de uitgaven heeft gedaan, of zij tot het doen dier uitgaven bevoegd was, en of zij ze mitsdien als een passief van den te scheiden boedel in rekening kan brengen.

„Door den feitelijken toestand van onverdeeldheid des boedels, kan niet *a priori* blijken welke uitgaven door de eerste verw^sse in hare hoedanigheid van vruchtgebruikster, en welke in die van rekenpligte voogdesse zijn gedaan.

„Dit zal nog blijken bij het onderzoek van het *tweede middel* van cassatie.

„Als zoodanig wordt tegen het arr. aangevoerd: schending en verkeerde toepassing dar a. 199 en 203 B-R., a. 441, 443, 446, 447, 449, 450, 451, 459, 462, 463, 465, 1112, 1119, 1125 en 1132 B.-W., omdat daarbij is toegelaten een getuigenbewijs over feiten, die, al waren zij bewezen, niet konden strekken tot regtvaardiging van een post in het passief van het erfdeel van des eischers auteur in de te scheiden nalatenschap van haren vader, omdat de eerste verw^sse als voogdes die som niet had mogen uitgeven, zonder regterlijke magtiging.

„Om de strekking van dit *middel* te begrijpen is de lezing van het arr. niet voldoende; deze wordt echter duidelijk uit het vonnis. Na de ontbinding der huwelijksgemeenschap door het overlijden van den vader van de vrouw des eischers is een kasteel, behoord hebbende aan de gemeenschap, na bekomen regterlijke magtiging, te gelde gemaakt, en een gedeelte van de kooppenningen gebruikt tot het doen van verbouwingen aan andere vaste goederen, welke dringende

noodzakelijkheid door het gevraagd getuigenverhoor zal moeten blijken. De regtb. nu was van oordeel, dat die gelden door de eerste verw^sse^ in hare hoedanigheid van wettige voogdes en vruchtgebruikster niet mogten zijn gebezigd, en weigerde uit dien hoofde de voor die punten gevraagde enquête. Het Hof echter oordeelt, dat de verrigte handelingen niet behooren tot diegenen waarvoor de wet uitdrukkelijk regterlijke magtiging eischt.

„Ik zal het *jus controversum*, tot hoeverre het beheer van den voogd als *bonus pater familias* zich uitstrekt met betrekking tot reparatiën en of hij ook het kapitaal van den minderjarige kan aanwenden, niet behandelen.

„De geachte raadsman der verw^s^ heeft dit punt breedvoerig besproken. LAURENT, *Droit civil*, p. 51. Tom. V, is van oordeel, dat elke reparatie eene daad is van behoud, zelfs al is zij niet *dringend* noodzakelijk, de voogd kan en moet haar doen: „elles peuvent être un acte de mauvaise „gestion si elles contient plus que l'immeuble ne vaut. Le „tuteur sera responsable parce qu'il n'aura pas *administré* „en bon père de famille, mais cela n'empèche qu'il ait „*le droit.*" Op bl. 52 betoogt hij dat de wetgever welligt beter had gedaan door de magtiging van den familieraad te bevelen: „dès que le tuteur *entame* les *capitaux* du mineur," maar de wetgever heeft dit niet gedaan, en „dès lors il „faut appliquer le principe que le tuteur *administre* librement „sous sa responsabilité."

„Ook DALLOZ, voce *Minorité*, leert hetzelfde. Vgl. vooral n° 450 en 484. Er is daarbij geen sprake van belegging van kapitaal in strijd met a 449. De *sedes materiae* is a. 443, niet a. 451 B.-W.

„Laatstgemeld a. vordert de regterlijke magtiging niet voor handelingen zooals die waarvan in de gestelde vraagpunten sprake is, en 's Hofs overw. *in jure* is m. i. juist. De vraag of het aanwenden van eenig kapitaal tot het doen

van reparatiën, een daad van *slecht beheer* is van den *voogd*, is feitelijk; hare beantwoording hangt af van de noodzakelijkheid der reparatie en van het kapitaal dat er aan wordt besteed in verband met het nut voor het perceel en de overige inkomsten van den boedel.

„Bij het *cassatie-middel* is slechts sprake van de verpligting *der voogdes* en niet van de *vruchtgebruikster*, en m. i. zijn de a. 199 en 203 B-R. niet verkeerd toegepast.

„Het *derde middel* luidt: schending en verkeerde toepassing van de a. 208, 209, 332, 334, 336, 337 B.-R., het berust op de bewering dat bij het vonnis der regtb. de termijn voor dagvaarding der getuigen was bepaald op 10 dagen *na* de beteekening van dat vonnis door de meest gereede partij. Die beteekening is geschied op 19 en 20 Febr. 1883, en eerst op den 7n Mrt. d. a. v. is door de verw• tegen het vonnis hooger beroep aangeteekend, voor zoover het verzoek om toegelaten te worden tot het bewijs van een deel der door hen gestelde feiten is ontzegd met reserve van kosten, en voor zooveel noodig, voor zoover betreft de termijnsbepaling voor het bevel tot dagvaarding der getuigen. Met het oog op de aangehaalde wetsbepalingen beweert de eischer dat noch het slot van a. 209, noch het karakter en het onderwerp van het vonnis (waarmede wordt bedoeld het praeparatoir karakter van de termijnsbepaling), noch de door de verw• gepleegde daad van berusting toelieten, om na verloop van de door de regtb. verleende *tien* dagen, een nieuwen termijn te verleenen.

„Volgens den eischer was op het oogenblik toen hooger beroep werd ingesteld de bevoegdheid om de bij vonnis toegelaten enquête te houden, reeds verloren.

„Met betrekking tot die grief overweegt het Hof dat bij het vonnis het verzoek om tot getuigenverhoor te worden toegelaten ten deele is ingewilligd, ten deele is afgewezen; en dat nu die beschikking zooals ze is geschied, niet kan

bevestigd worden, maar met vernietiging van een gedeelte daarvan moet worden verbeterd, de regeling van de uitvoering van die onvoldoende beschikking niet kan voortbestaan.

„Het geschil tusschen partijen liep over de vraag in hoeverre het gevraagde getuigenverhoor kan leiden tot regtvaardiging van den in het passief der boedelscheiding gebragten post. Sommige der vragen werden door den regter geoordeeld te zijn ter zake afdoende, anderen niet. Die uitspraak was dus eene zuivere interlocutie, en de termijn van hooger beroep *drie* maanden. En nu is het m. i. de vraag of de termijnsbepaling inderdaad heeft een praeparatoir karakter, en of deze van de interlocutie zelve zoo kan worden afgescheiden dat zij den wettigen termijn van *drie* maanden deed inkrimpen tot *tien* dagen na de beteekening van het vonnis.

„Ik geloof het niet. Een praeparatoir vonnis in den zin van a. 336 B.-R. is die termijnsbepaling zeker niet; zij is een noodzakelijk gevolg van het bevolen getuigenverhoor. A. 336 mist dus alle toepassing. En indien aan den verzoeker een termijn van *drie* maanden toekomt om de vraag, of hij bezwaard is met de wijze waarop de enquête is toegestaan, aan de beslissing van den hoogeren regter te onderwerpen, dan moet m. i. ook de bepaalde termijn tot het dagvaarden der getuigen, het lot volgen van de hoofdbeslissing. En dan is ook het 2e lid van a. 209 *ibid.* niet geschonden, omdat die wetsbepaling niet op het oog kan hebben het geval dat tegen de interlocutie zelve hooger beroep wordt aangeteekend.

„En die aanteekening, indien zij, zooals ik geloof, *tempore utili* is geschied, sluit het denkbeeld van berusting uit. Er is slechts één getuigenverhoor gevraagd, hetwelk moet loopen over onderscheidene feiten; eene splitsing zou in strijd zijn met eene goede procesorde.

„Ik acht de voorziening ongegrond en heb de eer te concluderen tot verwerping van het beroep, en veroordeeling van den eischer in de kosten."

ARREST. — De H.-R. d. Ned. — Op het beroep van, enz.;

„O., dat als *eerste middel* van cassatie is voorgesteld: schending en verkeerde toepassing van de a. 199 en 203 B.-R., de a. 467 en 468, in verband met de a. 183, 451, 880, 1001, 1002, 1112, 1119, 1125, 1132, 1953 en 1958 B.-W. en met de a. 774 en 779 B.-R., omdat het Hof de verw^{e} niet had mogen toelaten tot het bewijs van zekere door hen gestelde feiten, vermits die feiten in geen geval konden strekken om de admissie van *f* 28,754 als passief in de onderwerpelijke scheiding te regtvaardigen, daar de door de verw^{sse} gepretendeerde uitgaven niet behoorden in deze boedelscheiding, gelijk zij bij het vonnis, waarvan appel, bevolen is geworden maar bij de door haar verschuldigde voogdij-rekening niet alleen konden, maar ook moesten worden te berde gebragt;

„O., dat dit *middel* is gerigt tegen de overw. in het bestreden arr., dat de door de eerste app^{e}, thans verw^{sse} in cassatie, gedane uitgaven in de door haar reeds afgelegde of nog af te leggen voogdij-rekening zeer zeker op hare plaats zijn, maar dit niet belet, dat, indien ze gedaan zijn gelijk gesteld wordt, ze ook in rekening kunnen gebragt worden bij de onderhavige verdeeling;

„O. daaromtrent dat volgens den aanhef der 2^{e} overw. van het bestreden arr., de beweerde uitgaven, waarvoor het bewijs dienen moest, wel niet gedaan zijn vóór de ontbinding der gemeenschap, maar gesteld worden als gedaan toen de onverdeeldheid door die gemeenschap veroorzaakt nog bestond, aan- en ten nutte van goederen die tot den onverdeelden boedel van die gemeenschap behooren;

„O, dat in dezen stand der zaak, vóór dat de boedelscheiding was tot stand gekomen niet kon worden uitgemaakt of de bedoelde uitgaven door de verw^{sse} waren gedaan in hare hoedanigheid van voogdes over hare minderjarige dochter, de nu overleden echtgenoot des eischers, dan wel in die van

vruchtgebruikster van de nalatenschap van haren man of wel als feitelijk beheerende de wettelijke algemeene gemeenschap van goederen, welke tusschen haar en haren echtgenoot bestaan heeft; en mitsdien de bewering, dat die uitgaven alleen in de voogdij-rekening hadden behooren te zijn te berde gebragt, niet kan opgaan;

»O. dat integendeel, waar het te doen was om vaststelling der massa, uitgaven gedaan aan- en ten nutte van goederen tot den onverdeelden boedel der gemeenschap behoorende, teregt als passiva in de boedelscheiding konden worden aangebragt;

»O., dat alzoo het Hof, door het bewijs in deze toe te laten, geen der aangevoerde a. heeft geschonden, en het *eerste cassatie-middel* mitsdien is ongegrond;

»O. dat als *tweede cassatie-middel* is aangevoerd: schending en verkeerde toepassing van de a. 199 en 203 B.-R., de a. 441, 443, 446, 447, 449, 450, 451, 459, 462, 463 en 465 B.-W., de a. 1112, 1119, 1125 en 1132 *eodem*, omdat, al werden de te bewijzen feiten volkomen gestaafd, zij toch niet konden strekken om de besteding der *f* 28,754 op de gepretendeerde wijze te regtvaardigen, dewijl daartoe noodig was voorafgaand regterlijk verlof;

»O. daaromtrent, dat geen der aangevoerde a., waarin van regterlijke magtiging sprake is, ten deze toepasselijk is, daar het hier niet geldt een verkoop van roerende goederen, welke *in natura* bewaard zijn, noch het opnemen van geld, het vervreemden of verpanden van onroerende goederen, het verkoopen of overdragen van effecten, schuldvorderingen en actiën, en evenmin het verwerpen eener erfenis, het berusten in eene regtsvordering, het vragen eener scheiding of verdeeling, het aangaan eener dading of de opdragt eener beslissing aan scheidsmannen;

»O. integendeel, dat het in deze betreft het besteden van een gedeelte der koopsom van een met regterlijke magtiging verkocht onroerend goed tot herstelling en verbouwing van

andere onroerende goederen en dat tot het doen van dergelijke uitgaven nergens in de wet regterlijke magtiging wordt vereischt, terwijl zoodanige handeling eene daad is van het beheer, hetwelk den voogd bij a. 443 B.-W. uitdrukkelijk is opgedragen;

„O., dat derhalve ook het *tweede cassatie middel* is ongegrond;

„O., dat als *derde middel* van cassatie is voorgesteld: schending en verkeerde toepassing van de a. 208, 209, 332, 334, 336 en 337 B.-R., daar noch het slot van a. 209 voornoemd, noch het karakter en het onderwerp van het vonnis, noch de door de verw^e gepleegde daad van berusting toelieten om na het verloop der door de regtb. verleende tien dagen een nieuwen termijn te verleenen;

„O., dat dit *middel* berust op de onjuiste voorstelling alsof er in eerste instantie *twee* getuigen-verhooren waren gevraagd, waarvan het eene toegelaten, het andere afgewezen was, zoodat het Hof, over dit laatste alleen te oordeelen hebbende, ook tot het houden daarvan alleen eene termijnsbepaling kon verleenen, terwijl integendeel blijkens het bestreden arr., er slechts *een enkel* getuigen-verhoor was gevraagd, dat ten deele ingewilligd, ten deele afgewezen was;

„O. verder, dat het slot van a. 209 in deze alle toepassing mist, omdat er van het vonnis, waarbij het getuigenverhoor ten deele was toegestaan en ten deele geweigerd, hooger beroep was ingesteld;

„O. voorts, dat het karakter en het onderwerp van het vonnis niet beletten om na het verloop der door de regtb. verleende 10 dagen een nieuwen termijn te verleenen, omdat die termijnsbepaling niet kan worden beschouwd als een praeparatoir vonnis in den zin van a. 336 B.-R., maar onafscheidelijk zamenhangt met de interlocutie zelve en alzoo, even als de overige deelen daarvan, hangende het hooger beroep geen gevolg kan hebben;

„O. eindelijk, dat er in deze van berusting geen sprake

kan zijn, waar de verw^s in hooger beroep waren gekomen van het interlocutoir vonnis der regtb.;

„O., dat mitsdien ook het *derde cassatie-middel* is ongegrond;

„Verwerpt het beroep;

„Veroordeelt den eischer in de kosten, in cassatie gevallen."

N° 1914. — Arrest van 14 November 1884.

(A. 17 Onteigeningswet j° a° 409 B.-R.)

Moet de bepaling van dit wetsa. worden beschouwd als imperatief? — Ja

Volgt daaruit, dat de onteigenende partij, indien zij aan gemelde bepaling niet of niet behoorlijk heeft voldaan, in hare vordering niet is ontvankelijk? — Ja.

Namens den Proc.-G. heeft de Adv.-G. van Maanen in deze zaak de volgende conclusie genomen:

„Het *middel* van cassatie luidt: schending en verkeerde toepassing van de a. 17, 18, 22, 25, 26, 27 en 3 der wet van 28 Aug. 1851, *St.* n° 125 (Onteigeningswet), doordien het Hof de vordering tot onteigening niet ontvankelijk heeft verklaard ten opzigte van de verw^s 1° J. M., fabriekant, wonende te Aalten, in zijne boedanigheid van voogd over de minderjarige E. G. M. en 2° de gedaagde echtelieden K. t. K. en zijne echtgenoote, wonende te Lonneker, omdat, ofschoon wel in der minne onderhandeld is met den in het Kon. besluit tot aanwijzing der te onteigenen perceelen aangewezen eigenaar, niet onderhandeld is in der minne met de overige mede gedagvaarde verw^s (die intusschen verklaren met het aanbod geen genoegen te nemen), op den grond, dat de vordering tot onteigening slechts ontvankelijk zoude zijn als zij wordt ingesteld nadat de in a. 17 der wet omschreven poging is mislukt, welke beslissing in strijd is met de wet, die voor het hierbedoelde geval geen niet-ontvankelijkheid voorschrijft, en in ieder geval door de vordering niet-ontvankelijk te verklaren

ten opzigte van den in het Kon. besluit aangewezen eigenaar, den verw. A. F. B., grondeigenaar, wonende te Winterswijk, met wien wel onderhandeld is in der minne, — hoewel de wet juist gebiedt dat tegen dezen de vordering wordt ingesteld en aan alle eigenaars en mede-eigenaars de gelegenheid opent, om voor hunne regten in het geding op te komen.

„Het eerste gedeelte van het *middel* berust op de stelling, dat a. 17 voornoemd geen gebiedend voorschrift bevat ten aanzien van de poging, die moet worden aangewend om het goed bij minnelijke overeenkomst te verkrijgen alvorens over te gaan tot de dagvaarding.

„Dit sustenu van den kundigen raadsman der eisch[sse] (Mr. W. Thorbecke) werd reeds door hem voorgestaan in zijne uitgave der Onteigeningswet (bl. 136 en 137), doch ik kan mij daarmede niet vereenigen.

„Naar mijn oordeel is de strekking van a. 17 te regelen *de wijze* en *het tijdstip* waarop het goed in der minne is te verkrijgen. Zeker ziet het a. ook daarop, ten einde het geding tot onteigening zijne eerste phase te doen intreden, maar daaruit volgt niet dat het woordje „*moet*" in een andere dan de *gebiedende* beteekenis moet of mag worden opgevat. Het a. legde eene verpligting op en regelde toen tevens de wijze en tijd waarop daaraan moest worden voldaan.

„Nu moge uit de Memorie van Toelichting (Thorbecke, *ll.* bl. 37) blijken, dat onderhandelingen over de minnelijke schikking kunnen voortduren ook *na*dat de onteigenende partij tot het voeren van het geding besloten heeft en zelfs nadat het is aangevangen, daaruit volgt niet dat de poging ook niet daaraan moet zijn voorafgegaan.

„Dezelfde Memorie zegt (bl. 36) eveneens, „het geding tot onteigening komt eerst te pas, wanneer men de tot het werk noodige gronden niet bij minnelijke overeenkomst heeft kunnen verkrijgen."

„A. 17 bevat het eerste voorschrift van het *geding* tot

onteigening; het behoort dus tot de procedure, het *moet* worden nageleefd.

„Voorts komt daarmede overeen de aanhef van a. 18: „ingeval de onteigenende partij geen overeenkomst heeft kunnen treffen, doet zij de eigenaars dagvaarden;" het is eene voorwaarde voor de dagvaarding, en hoe kan er ook sprake zijn van het treffen eener overeenkomst, zoo daartoe geen poging is aangewend?

„De eisch^{sse} vindt steun voor haar gevoelen in een vonnis der regtb. te Maastricht dd. 23 Oct. 1863 (*Weekbl.* n° 2527); doch haar gevoelen wordt niet gedeeld door dat der regtb. te Amsterdam, dd. 17 Oct. 1854 (*Regtsgel. Bijbl.* 1854, bl. 546), waarbij eene vordering niet-ontvankelijk werd verklaard op grond eener exceptie van non-qualificatie (VAN ANDEL p. 72 en 73; DE WITT HAMER, bl. 24, aant. 2; BOISSEVAIN, bl. 9; VAN EMDEN, *Administr. Beslissingen* II, blz. 21, n° 2 en *Regtsgel. Adv.* VII, 31); het komt mij voor, dat ook de H.-R. mijne meening deelt, waar ik in zijn arr. van 11 Apr. 1882 (*N. Rspr.* CXXX, 326; V. D. HON., *B.-R.* XLVII, 312) lees: „dat uit de a. 17, 18 en 22 blijkt, dat het bij dagvaarding gedaan aanbod eene laatste poging is om het te onteigenen perceel in der minne te verkrijgen, *indien de vroegere* DOOR DE WET VOORGESCHREVENE *poging* ter bereiking van dat door den wetgever gewenschte doel, is mislukt."

„De eisch^{sse} voert al verder tot staving van hare meening aan, dat de wet op de onteigening de voorschriften omtrent de gedingvoering zoo streng mogelijk heeft beperkt, zooals blijkt uit de voorschriften van de a. 22, 25 en 26 der wet; waar a. 25 dus geene niet-ontvankelijkheid tegen verzuimde naleving van a. 17 bepaalt, mag deze niet worden uitgesproken, daartoe zou een stellig voorschrift der wet noodig zijn. Voorts zou de strekking van dit a alleen zijn: af te snijden het onder de wet van 1841 voorgeschreven onderzoek of de partij ook door niet-naleving eener formaliteit was benadeeld;

de wetgever wilde geen incidenten en dus ook geene quaesties over het voeren van onderhandelingen.

„Al zij het waar, dat de strekking der wet is een spoedigen afloop van de onteigening te bevorderen, en te voorkomen dat zulks wordt verhinderd doordien partijen struikelblokken opwerpen, zoo sluit a. 25 niet elke andere verwering uit tegen eene vordering, hoe zij ook moge zijn ingerigt; het a. brengt niet mede, dat in zoodanig geding alle andere voorgeschreven vormen en formaliteiten mogen worden veronachtzaamd, zonder zich aan eene niet-ontvankelijk-verklaring bloot te stellen.

„De wet zwijgt geheel over dat punt; a. 25 behandelt de gevallen waarin de regter zelfs zonder tegenspraak van den gedaagde, ambtshalve de eisch moet afwijzen; het bevat voorschriften van publieke orde; het voorschrift: „de regter *kan* aan de onteigenende partij haren eisch *niet* toewijzen," is bepaald imperatief.

„De bedoeling van a. 25 is verder te waken voor de belangen van hen die niet in het geding zijn.

„Ook a. 22 is gebiedend ten aanzien van de als schadeloosstelling aangeboden som, opdat de regter zal kunnen beoordeelen welke der partijen overeenkomstig a. 50 in de kosten moet worden verwezen, terwijl a. 26 alleen het hooger beroep regelt.

„Voor al het overige verwijst a. 4 der wet naar de bepalingen van het Wetb. van B.-R. en zullen b. v. eene andere nietigheid van dagvaarding dan in a. 22 is genoemd of de eene of andere exceptie worden beregt overeenkomstig a. 90 en volgg. van dat wetboek.

„Met opzigt tot dit punt is nog voorgebragt, dat de wet niet regelt, wanneer de onderhandelingen geacht worden te zijn afgeloopen; de wet schrijft daaromtrent geen termijn voor en bepaalt niet de wijze, waarop de poging tot minnelijke schikking moet worden bewezen.

„De oplossing van dit bezwaar door den verw. gegeven is juist en duidelijk; de poging is te bewijzen door de onteigenende partij door middel van brieven, of wel door exploit met het aanbod en sommatie om het binnen een bepaalden termijn aan te nemen of te verwerpen; de duur der onderhandelingen en den termijn heeft de wetgever geheel aan de onteigenende partij overgelaten: „voor die verkrijging, zegt de Memorie van Toelichting (bl. 36) een termijn te stellen, schijnt onnoodig."

„En nu moge men zeggen: ik kan dagvaarden daags na het aanbod, maar dan zal er toch nog moeten blijken dat het aanbod is afgeslagen of tegenbod is gedaan; dan kan partij ook nog het aanbod der dagvaarding aannemen zonder kosten te beloopen, maar in geen geval kan uit eene mogelijke min kiesche bejegening in regten, een argument voor de uitlegging der wet worden geput.

„Neen, de strekking van a. 17 is om eigenaars geen kosten te berokkenen bij eene in den regel toch reeds onaangename onteigening, kosten die zij voorkomen door een billijk aanbod, al is het voor hun persoon aan te nemen.

„Ook de wet van 1841 *beval* voorafgaande onderhandelingen over minnelijken afstand (v. D. HON., bl. 181 volg.) en het blijkt niet, dat de wetgever in 1851 van zoodanig gebiedend voorschrift heeft willen afwijken.

„De juistheid mijner opvatting van a. 17 volgt ook daaruit, dat het anders de bloot overbodige bepaling zou behelzen, dat men geen proces behoeft te voeren, indien partijen het over eene zaak eens kunnen worden.

„Eindelijk noemt Mr. THORBECKE (bl. 136) zelf het gemis der verpligte poging tot overeenkomst *onbillijk*, en eene uitlegging der wet die tot billijkheid leidt is te verkiezen boven die, welke onbillijkheid met zich brengt.

„Het tweede gedeelte van het *middel* is hierop gegrond: dat de vordering in geen geval niet-ontvankelijk had mogen

worden verklaard, ten opzigte van den verw. B., met wien wel onderhandeld is in der minne, en die in het Kon. besluit als eigenaar is aangewezen.

„Dat er met B. is onderhandeld, blijkt uit de 6e overw. *in jure* van het arr., maar dat hij alleen in het Kon. besluit wordt genoemd, blijkt daaruit niet en kan dus (a. 409 B.-R) niet in cassatie worden aangenomen, zelfs al ware het door de tegenpartij erkend (concl. O.-M. ad arr. H.-R. 3 Nov. 1882, *N. Rspr.* CXXXII, 36; v. D. HON., *B.-R.* XLVIII, 11). Bovendien staat in het Kon. besluit, volgens a. 3 der wet, uit het kadaster getrokken H. B. *en consorten*, en komen de namen der consorten op den kadastralen legger voor, gelijk de eisch^{sse} zelve bij de dagvaarding heeft geposeerd; en zoo heeft de eisch^{sse} ze dan ook allen gedagvaard en kan nu niet meer *ex post* beweren, alleen met den verw. B. te maken te hebben; ook de anderen moet zij nu blijven erkennen.

„Waren er mede-eigenaars, zoo beweert verder de eisch^{sse}, dan hadden deze volgens a. 3 tusschen beide kunnen komen. Zeker laat a. 3 dit toe, maar zoo is niet de figuur van *dit* proces; er is niet *één* persoon gedagvaard, met wie was onderhandeld, maar er zijn drie mede-eigenaars gedagvaard, en bij twee er van was geen poging tot schikking gedaan; en van tusschenbeiden komen door deze, kon dus geen sprake zijn.

„En nu is wel gepleit, dat deze daarbij geen belang hadden omdat het proces toch doorging, maar 1° is zulks een argument van convenientie; 2° hadden zij dit belang, dat zoo zij het aanbod aannamen, zij buiten kosten bleven; 3° konden zij met B. in overleg treden om dezen het aanbod alsnog te doen aannemen.

„En nu doet daarbij niets af de bewering, dat het systeem der wet is het proces te doen voeren met hem, die voor eigenaar wordt gehouden, met een eigenaar *ad hoc;* dat de wetgever een persoon om mede te procederen, niet den eigenaar heeft willen aanwijzen.

„Vooreerst is het onjuist, want het kadaster wijst in den regel de eigenaren juist aan; wordt een ander aangesproken, dan zal dit in den regel aan den eigenaar zelf te wijten zijn; maar welke daarvan de gevolgen zijn, het is *non hujus loci.*

„En de bedoeling van den wetgever met dit voorschrift was om bij onteigening van vele gronden te gelijk, niet te behoeven te wachten op de opsporing van de werkelijke eigenaren, maar hij schreef voor, het kadaster te volgen, omdat er dan de meeste kans was de juiste eigenaren in het Kon. besluit aan te duiden, en men anders toch kon doorgaan, terwijl de eigenaar dan wel voor den dag zou komen. (Vgl. de overwegingen van een vonnis der regtb. te Amsterdam, dd. 21 Junij 1877, *Bijbl.* 1877, lett. D, p. 51 en 52.)

„Eindelijk is nog gevraagd: waar staat, dat ik bij alle eigenaars moet gaan pogen om te schikken? Het is nergens voorgeschreven, maar een gevolg van gelijkheid voor de wet; de verschillende eigenaars hebben gelijkelijk regt op den waarborg bij a. 17 gegeven.

„De eisch[sse] is dus teregt niet-ontvankelijk verklaard ook ten opzigte van B., want het betreft hier een onverdeelden eigendom die onteigend moet worden, en waarvan de mede-eigenaars bij ééne dagvaarding in het geding zijn geroepen, zoodat de annexiteit der zaak medebrengt, dat zij niet kan worden gesplitst.

„Bovendien is die uitgesproken niet-ontvankelijkheid niet in strijd met een der bij het *middel* aangehaalde a.

„Ik heb de eer te concluderen tot verwerping van het ingestelde beroep, met veroordeeling van de eisch[sse] in de kosten."

ARREST. — De H.-R. d. Ned. — Op het beroep van, enz.;

„O. dat als *eenig middel* van cassatie is aangevoerd: schending en verkeerde toepassing van de a. 17, 18, 22, 25, 26, 27 en 3 der wet van 28 Aug. 1851, *Stb.* n° 125 (Onteigeningswet), doordien het Hof de vordering tot onteigening niet-ontvankelijk

heeft verklaard ten opzigte van de verw^{s}: 1° J. M. fabrikant, wonende te Aalten, in zijne hoedanigheid van voogd over de minderjarige E. G. M., en 2° K. T. K. en zijne echtgenoote E. H. M., wonende te Lonneker, — omdat, ofschoon wel in der minne onderhandeld is met den in het Kon. besluit tot aanwijzing der te onteigenen perceelen aangewezen eigenaar, niet onderhandeld is in der minne met de overige mede-gedagvaarde verw^{s} (die intusschen verklaren met het aanbod geen genoegen te nemen), — op den grond dat de vordering tot onteigening slechts ontvankelijk zoude zijn, als zij wordt ingesteld nadat de in a. 17 der wet omschreven poging is mislukt, welke beslissing in strijd is met de wet, die voor het hier bedoelde geval geene niet-ontvankelijkheid voorschrijft, — en in ieder geval door de vordering niet-ontvankelijk te verklaren ten opzigte van den in het Kon. besluit aangewezen eigenaar, den verw. A. F. B., grondeigenaar, wonende te Winterswijk, met wien wel onderhandeld is in der minne, — hoewel de wet juist gebiedt, dat tegen dezen de vordering wordt ingesteld, en aan alle eigenaars en mede-eigenaars de gelegenheid opent om voor hunne regten in het geding op te komen;

„O. dat blijkens het bestreden arr. feitelijk vaststaat, dat de bij dagvaarding vermelde gronden, waarvan de onteigening gevraagd wordt, in onverdeelden eigendom aan de geïnt^{n}, verw^{s} en mede-verw. in cassatie, toebehooiden, en dat de app^{e}, eisch^{sse} in cassatie, vóór de dagvaarding wel bij den 1^{n} geïnt., 1^{n} verw. in cassatie, eene vruchtelooze poging heeft aangewend om den eigendom bij minnelijke overeenkomst te verkrijgen, maar niet bij de sub 2° en 3° genoemde geïnt^{n}, mede-verw^{s} in cassatie, hoewel app^{e}, eisch^{sse} in cassatie, blijkens hare dagvaarding zelve, die geïnt^{n}, mede-verw^{s} in cassatie, in het geding heeft opgeroepen;

„O. ten aanzien van het 1^{e} onderdeel van het *middel*, dat a. 17 der Onteigeningswet niet enkel de strekking heeft, om het

tijdstip en de wijze te regelen, waarop het te onteigenen goed in der minne is te verkrijgen, maar, blijkens het woord „moet" het gebiedend voorschrift bevat, dat de onteigenende partij, alvorens te dagvaarden, pogingen daartoe behoort aan te wenden;

„O., dat dit bevestiging vindt in den aanhef van het volgende a. 18, volgens hetwelk de dagvaarding eerst te pas komt in geval de onteigenende partij geene overeenkomst heeft kunnen treffen en alzoo de voorafgaande pogingen tot minnelijke schikking mislukt zijn;

„O., dat wanneer de bepaling van a. 17 niet moest worden beschouwd als te zijn imperatief, het geheele a. overbodig zoude zijn, daar het wel van zelf spreekt, dat men geen proces tot onteigening behoeft te voeren, wanneer partijen het over de eigendomsoverdragt eens kunnen worden;

„O. dat uit den imperatieven aard van het voorschrift volgt, ook zonder dat dit uitdrukkelijk in de wet behoeft te zijn bepaald, dat de onteigenende partij, in geval zij daaraan niet heeft voldaan, in hare vordering tot onteigening niet-ontvankelijk is, daar anders de bepaling straffeloos zou kunnen worden overtreden;

„O., dat hiertegen niet afdoet, dat in a. 22 een voorschrift voorkomt, hetwelk op straffe van nietigheid moet worden nageleefd, en dat a. 25 bepaalt, dat de regtb. aan de onteigenende partij haren eisch in de daar genoemde gevallen, waaronder niet voorkomt de niet-naleving van a. 17, niet kan toewijzen, omdat dit artikel blijkbaar de strekking heeft, om den regter voor te schrijven, in welke gevallen hij verpligt is zelfs ambtshalve de vordering af te wijzen, doch geenszins om de niet-ontvankelijkheid, voor zooverre die uit andere voorschriften der wet mogt voortvloeijen, uit te sluiten;

„O. ten aanzien van het 2e onderdeel van het *middel*, dat de feitelijke grondslag, dat alleen de verw. B., met

wien de onderhandeling heeft plaats gehad, in het Kon. besluit als eigenaar zoude zijn aangewezen, niet blijkt uit het bestreden arr. noch uit het daarbij bevestigde vonnis, en alzoo volgens a. 409 B.-R. niet is bewezen;

„O. dat, al ware die feitelijke grondslag bewezen en al moge het waar zijn dat er alleen behoeft te worden onderhandeld met den in het Kon. besluit aangewezen eigenaar, en de vordering tot onteigening alleen tegen dezen moet worden ingesteld, de eisch^{sse}, na eens de mede verw^{s} als mede-eigenaren te hebben gedagvaard, niet *ex post facto* kan beweren, dat zij alleen den 1^{n} verw. had behooren te dagvaarden, en niet kan verlangen, dat de vordering tegen dezen alleen zou worden toegewezen;

„O., dat het hier betreft een onverdeeld goed, waarvan de onteigening gevorderd wordt en waarvan de mede-eigenaren bij ééne dagvaarding in het geding zijn geroepen, zoodat de connexiteit der zaak medebrengt, dat de vordering ten opzigte van alle gedaagden niet-ontvankelijk is;

„O., dat mitsdien het aangevoerde *cassatie-middel* in zijne beide onderdeelen is ongegrond:

„Verwerpt het beroep;

„Veroordeelt de eisch^{sse} in de kosten daarop gevallen."

N° 1915. — Arrest van 20 November 1884.

(A. 82 en 83 j° a° 7 B.-R; a. 430 B.-R.; a. 289 B.-R.; a. 56 en 57 B.-R. j° a. 44 Tarief v. Justitie-kosten in burg. zaken.)

Mist de stelling des eischers, als zoude de verw. bij diens verzet tegen het bij verstek gewezen vonnis niet gedagvaard hebben tegen de eerstkomende teregtzitting, in cassatie haren feitelijken grondslag? — JA.

Heeft de president der regtb. teregt beslist, dat de kwestie omtrent de al of niet informaliteit van het verzet van

dien aard was, dat zij door de regtb. moest worden uitgemaakt en geene onverwijlde beslissing vorderde? — JA. *Kunnen ook in gedingen waarin enkel procureurs optreden nog andere kosten dan hun salaris te pas komen?* — JA.

De Proc.-G. Mr. RÖMER heeft in deze zaak de volgende conclusie genomen:

„Deze voorziening is gerigt tegen eene uitspraak van den heer president der arr.-regtb. te Amsterdam in kort geding op 16 Jan. gewezen; zij steunt op *vijf middelen.*

„Bij het *eerste middel* wordt beweerd: schending en verkeerde toepassing van a. 82, j° 83 en 7 B.-R., door te beslissen dat verzet tegen een bij verstek gekregen vonnis, de executie van dat vonnis stuit ook zonder dat de opposant gedagvaard heeft tegen de eerstkomende teregtzitting, behoudens inachtneming van de termijnen en formaliteiten ten aanzien der dagvaardingen voorgeschreven.

„Door twee opmerkingen wordt het *middel* wederlegd: er blijkt *vooreerst* niet dat bij het verzet de wettelijke termijn niet zou zijn geobserveerd zooals de eischer beweert: hij stelt, volgens het vonnis, zelfs niet tegen welken dag is gedagvaard en tegen welken moest zijn gedagvaard; het vonnis overweegt *in jure* dat gedagvaard is tegen 4 Dec. 1883, maar daaruit blijkt niet, dat dit niet was de eerstkomende regtsdag.

„En *ten anderen* beslist de president niet, dat een informeel verzet de executie van het bij verstek gewezen vonnis stuit, maar eenvoudig, dat daarover bij de regtb. het geding aanhangig is gemaakt en dat in afwachting van de ingeroepen regterlijke beslissing het verzet moet worden geacht zijn stuitende kracht niet te hebben verloren. Het *middel* mist dus in beide opzigten zijn feitelijken grondslag.

„Niet belangrijker dan het *eerste*, is het *tweede* en *derde middel* van cassatie, waarbij wordt geklaagd over schending van de a. 430, in verband met de a. 440, 443, 446, 448, al. 2, 449, 450, 452, 453, 462—469 B.-R., door de

schorsing te gelasten van de executie eener grosse van een vonnis in de Nederlanden gewezen en van de in die wetsbepalingen bedoelde maatregelen van executie, zonder dat de executant zich in een der gevallen bevond, waaraan de wet zoodanige schorsing verbindt. De onderstelling van deze *middelen* is onjuist, omdat, indien er *formeel* verzet is (en het tegendeel is niet bewezen) de executant zich bevond in een der gevallen, waarin de executie van het bij verstek gewezen vonnis niet was geoorloofd.

„De grief, bij het *vierde middel* aangevoerd, is schending en verkeerde toepassing van a. 289 B.-R., door de daarin aan den voorzitter eener regtb. toegekende bevoegdheid toe te passen, als mogt hij regt spreken *ex bono et aequo* en als ware hij daarbij niet gebonden door voorschriften der wet, welke het onderwerp regelen, waaromtrent zijne uitspraak wordt gevraagd.

„A. 289 brengt onder de onderwerpen, welke in kort geding aan de beslissing van den president kunnen worden onderworpen, juist de ten uitvoerlegging van een vonnis of van een executorialen titel. En of nu eene gevraagde schorsing onverwijlden spoed vereischt, zal wel in de meeste gevallen van feitelijke omstandigheden afhangen.

„In de laatste overw. *quoad jus* beslist de president, dat er voldoende termen bestaan om als provisionelen maatregel, waardoor het verschil van partijen in niets wordt gepraejudicieerd, de schorsing te gelasten van de ten uitvoerlegging van het meergemelde bij verstek gewezen vonnis totdat het aanhangig geschil zal zijn beslist. Door die m. i. feitelijke beslissing waarop het *dictum* van het vonnis berust, kan a. 289 B.-R. niet verkeerd zijn toegepast.

„Eindelijk wordt als *vijfde middel* aangevoerd: schending en verkeerde toepassing van de a. 56 en 57 B.-R., j° a. 44 van het Tarief van justitiekosten en salarissen in burgerlijke zaken, daar, waar enkel procureurs in het geding geweest zijn,

de proceskosten, tot betaling waarvan de *en référé* veroordeelde wordt gecondemneerd, vast te stellen op *vijftig* gulden.

„Het dispositief luidt: „veroordeelen den gedaagde in de *kosten* ten deze gevallen, welke aan zijde van den eischer tot deze uitspraak, worden begroot op *vijftig* gulden."

„Het *middel* kan uitsluitend het oog hebben op a. 44 van het Tarief; die wetsbepaling mist echter ten deze hare toepassing, omdat zij uitsluitend het *salaris* regelt hetwelk door den procureur bij de behandeling eener zaak in kort geding kan worden gedeclareerd, maar geene bepaling over het bedrag der *kosten* in het algemeen inhoudt.

„Ik acht de *middelen* ongegrond, en heb de eer te concluderen tot verwerping der voorziening en veroordeeling van den eischer in de daarop gevallen kosten."

ARREST. — De H.-R. d. Ned. — Op het beroep van, enz.;

„O., dat als *middelen* van cassatie zijn voorgesteld: schending en verkeerde toepassing van:

„I. A. 82, in verband met a. 83 en 7 B.-R., door te beslissen, dat verzet tegen een bij verstek gekregen vonnis de executie van dat vonnis stuit, ook zonder dat de opp. gedagvaard heeft tegen de eerstkomende teregtzitting, behoudens inachtneming van de termijnen en formaliteiten ten aanzien der dagvaardingen voorgeschreven;

„II. a. 430 van hetzelfde Wetb., door de schorsing te gelasten van de executie eener grosse van een vonnis in de Nederlanden gewezen, zonder dat de executant zich in een der gevallen bevond, waaraan de wet zoodanige schorsing verbindt;

„III. de a. 440, 443, 446, 448, al. 2, 449, 450, 452, 453, 462 tot en met a. 469 van hetzelfde Wetb., door de schorsing te gelasten van de aldaar bedoelde maatregelen van executie, zonder dat de executant, verkrijger van een in zijn voordeel gewezen vonnis, zich in een der gevallen bevond, waaraan de wet zoodanige schorsing verbindt;

„IV. a. 289 van hetzelfde Wetb., door de daarin aan den voorzitter eener regtb. toegekende bevoegdheid toe te passen, als mag hij regt spreken *ex bono et aequo*, en als ware hij daarbij niet gebonden door de voorschriften der wet, welke het onderwerp regelen waaromtrent zijne uitspraak wordt gevraagd :

„V. de a. 56 en 57 van hetzelfde Wetb. en a. 44 van het Tarief van justitiekosten en salarissen in burgerlijke zaken, door, waar enkel procureurs in het geding geweest zijn, de proces kosten, tot betaling waarvan de in *référé* veroordeelde gecondemneerd wordt, op *f* 50 vast te stellen;

„O., dat deze voorziening gerigt is tegen een vonnis van den president der arr.-regtb., regt doende in kort geding, overeenkomstig a. 289 en volgende B.-R.;

„dat, volgens dat vonnis, des presidents tusschenkomst was ingeroepen door den tegenwoordigen verw., ter zake van een executoriaal beslag op diens goederen gelegd ten verzoeke van den eischer in cassatie, en zulks uit krachte van een tusschen partijen bij verstek gewezen vonnis door de arr.-regtb. te Amsterdam, welk vonnis niet is verklaard uitvoerbaar bij voorraad;

„dat de verw., tegen dat vonnis in verzet gekomen, zijne wederpartij voor de regtb. gedagvaard had tegen zekeren aangeduiden regtsdag, die naar des eischers bewering niet de bij de wet gevorderde *eerstkomende* regtsdag was, weshalve het verzet, als zijnde informeel, de ten uitvoerlegging van het vonnis niet stuiten zou;

„dat echter de president, overwegende dat zoolang de regtbank geen uitspraak heeft gedaan, niet vaststaat, dat eene informaliteit heeft plaats gehad, die het verzet krachteloos maakt, en dat in afwachting dier uitspraak het verzet moet worden geacht zijne stuitende kracht niet te hebben verloren, zonder uit te maken welke teregtzitting in deze de eerstkomende was, geoordeeld heeft, dat er voldoende termen be-

stonden om als provisioneele maatregel, waardoor het geschil van partijen in niets wordt gepraejudicieerd, tot aan die uitspraak de schorsing te gelasten van het bij verstek gewezen vonnis;

»O, dat hieruit reeds volgt, dat de stelling, waarvan de vier eerste *middelen* uitgaan, als zoude de verw. bij diens verzet tegen bedoeld vonnis niet gedagvaard hebben tegen de eerstkomende teregtzitting, haar feitelijken grondslag in cassatie mist;

»O. bovendien, dat de president ook niet, gelijk bij het *eerste middel* beweerd wordt, beslist heeft, dat de niet-inachtneming van den voorgeschreven termijn van dagvaarding de tenuitvoerlegging van een bij verstek gewezen vonnis niet stuiten zou, maar alleen verklaard heeft, dat de quaestie omtrent de al of niet informaliteit van het verzet van dien aard was, dat zij door de regtb. moest worden uitgemaakt en geene onverwijlde beslissing vorderde van den president, aan wiens prudentie bij a. 291 B.-R. geheel overgelaten wordt of de zaak, waaromtrent zijne tusschenkomst ingeroepen wordt, uitstel gedoogt of niet;

»O., dat de president, op dien grond niet in eenig verder onderzoek tredende, zich dus ook teregt aan het hem gebleken feit, dat er een verzet was ingesteld, regtmatig of niet, gehouden heeft, en alzoo op dien grond de schorsing der executie gelastende, evenmin het in het *tweede middel* aangehaalde a. 430, als de daarop volgende, bij het *derde middel* opgenoemd, geschonden of verkeerd toegepast heeft;

»O. voorts betreffende het *vierde middel*, dat op den reeds bij het *eerste middel* aangegeven grond de president, van de hem bij a. 291 verleende bevoegdheid gebruik makende, ook a. 289 niet geschonden noch verkeerd toegepast heeft;

»O. eindelijk, dat bij de aan het *laatste middel* tot grondslag liggende grief door den eischer voorbijgezien wordt, dat ook in gedingen waar enkel procureurs optreden, nog andere

kosten dan hun salaris, te weten: verschotten van griffie- en deurwaarderskosten enz., te pas kunnen komen, zoodat ook, daargelaten of deze grief overigens wel tot cassatie zou kunnen leiden, niet gebleken is dat tegen de bij dit *middel* aangehaalde bepalingen omtrent dat salaris zou gehandeld zijn;

„Verwerpt de voorziening in cassatie;

„Veroordeelt den eischer in de kosten, daarop gevallen."

N° 1916. — Arrest van 27 November 1884.

(A. 1356, 1371, 1902 en 1915 B.-W.)

Toonen in eene schuldbekentenis de woorden „waarde naar genoegen genoten" *voldoende aan dat de schuldenaar tegenover de schuld, waarvan hij het bestaan erkent, van de zijde van den schuldeischer heeft genoten eene met zijne schuld gelijkstaande praestatie en dat in die praestatie de oorzaak zijner verbindtenis is gelegen?* — JA.

Moet, zoo de schuldenaar tegen zijne eigene schriftelijke erkentenis wil opkomen, het bewijs van de onwaarheid van het door hem erkende ook door hem worden geleverd? — JA.

De Proc.-G. Mr. Römer, heeft in deze zaak de volgende conclusie genomen:

„Het *eenig middel* van cassatie aangevoerd tegen het arr. van het Geregtshof te Leeuwarden op 9 Jan. jl. tusschen partijen gewezen, luidt: schending en verkeerde toepassing der a. 1356, 1371, 1902 en 1915 B.-W., omdat het Hof ten onregte den eisch in hooger beroep heeft toegewezen, op grond dat de regtmatigheid der vordering des app^s volledig zoude zijn bewezen door de in het geding gebragte schuldbekentenis, en door de daarin voorkomende woorden: „*de waarde deugdelijk en naar genoegen ontvangen en genoten*" heeft uitgedrukt geacht de *oorzaak* der verbindtenis tusschen app. en geïnt.

„Bij het *middel* wordt dus beweerd, dat eene vordering is toegewezen, berustende op eene schuldbekentenis als bewijs

eener overeenkomst *zonder oorzaak*, en daardoor schending of verkeerde toepassing van a. 1356 B.-W., doch de Raad zal zich herinneren, dat bij de toelichting van het *middel* bij pleidooi, door den geachten raadsman vooral de vraag is behandeld door wien het bestaan der *oorzaak*, en wel der *geoorloofde* oorzaak moet worden bewezen. Daarop berust dan ook de beweerde schending van a. 1902 B.-W. en het beroep op het gevoelen van MARCADÉ, alsmede op Uwlieder arr. van 28 Dec. 1883 (v. D. HON., *B.-R.* XLIX, 105).

»Nu is echter die regtsvraag niet aan de orde, en bij het arr. *a quo* niet behandeld; het arr. van den Raad mist daarom alle toepassing. Volgens de feitelijke beslissing bestond er toen een geschil tusschen partijen, *welke* de *oorzaak* der overeenkomst was; en werd teregt beslist dat dit eerst moest vaststaan, alvorens het bewijs kon worden opgelegd of die al dan niet geoorloofd was. Er zijn echter twee andere arr^n van den Raad, waarbij de regtsvraag die het onderwerp van deze voorziening in cassatie uitmaakt *in terminis* is beslist; ik vermoed dat de geachte Raadsman die arr^n niet heeft gekend, hij heeft ze althans niet aangehaald en niet bestreden. Het eerste arr. is dat van 13 Febr. 1870 (v. D. HON. *B.-R.* XXXIV, 280). Het gold toen eene schuldbekentenis waarbij de onderteekenaar bekent schuldig te zijn eene bepaalde geldsom en aanneemt die te betalen. De heer KARSEBOOM in zijne uitgewerkte conclusie was van oordeel, dat de schuldoorzaak niet was aangeduid, maar de H.-R. overwoog dat die acte inhoudt eene eenzijdige verbindtenis tot betaling eener bepaalde som in gereed geld, en dat als *oorzaak* dier verbindtenis in de acte is uitgedrukt eene daarbij erkende schuld. Dat arr., hetwelk mede is opgenomen in het *Weekbl.* n° 3192, is bestreden in *Weekbl.* n° 3194.

»Maar een later arr. hetwelk hier van toepassing en m. i. volkomen juist is, is dat van 22 Dec. 1882 (*N. Rspr.* CXXXII, 260; v. D. HON., *B.-R.* XLVIII, 73.)

„In dat arr. is beslist dat de woorden „*waarde naar genoegen genoten*," voldoende aantoonen dat de schuldenaar tegenover de schuld, waarvan hij het bestaan erkent, van de zijde van den schuldeischer heeft genoten eene met zijne schuld gelijkstaande praestatie, en dat in die praestatie de *oorzaak* voor de verbindtenis is gelegen, en het door die woorden de oorzaak der obligatie, nl. *geldschuld* wegens genoten waarde, ondubbelzinnig wordt uitgedrukt. Het is geheel dezelfde beslissing die in het arr. *a quo* wordt gevonden. Indien nu wordt beweerd door den schuldenaar, dat de geldsom is verstrekt om misdrijf te plegen, zooals volgens den geachten raadsman denkbaar zou zijn, dan zou de *oorzaak* zeker ongeoorloofd zijn; maar dat bewijs moet m. o. door den schuldenaar worden geleverd. Maar zooals ik reeds zeide is die vraag thans niet aan de orde; en de belangrijke conclusie van den heer KARSEBOOM voorafgaande aan het arr. van 1870, en van den heer VAN MAANEN aan dat van 1882, maken iedere verdere toelichting van het *middel* van cassatie overbodig.

„Ik heb de eer te concluderen tot verwerping der voorziening en veroordeeling van den eischer in de kosten."

ARREST. — De H.-R. d. Ned. — Op het beroep van, enz.;

„Gelet op het tegen den verw. verleende verstek;

„Gehoord den eischer;

„Gezien de stukken;

„O. dat als *eenig middel* van cassatie is voorgesteld: schending en verkeerde toepassing der a. 1356, 1371, 1902 en 1915 B.-W., omdat het Hof ten onregte den eisch in hooger beroep heeft toegewezen, op grond dat de regtmatigheid der vordering des app• volledig zoude zijn bewezen door de in het geding gebragte schuldbekentenis en door de daarin voorkomende woorden: „de waarde deugdelijk en naar genoegen ontvangen en genoten" heeft uitgedrukt geacht de oorzaak der verbindtenis tusschen app. en geïnt.;

„O. dat het vereischte dat uit de schuldbekentenis moet

blijken van het bestaan eener oorzaak, niet medebrengt, dat zoodanig geschrift de bijzondere overeenkomst waaruit de verbindtenis is ontstaan, met name zal vermelden, en dus eene algemeene vermelding der oorzaak voldoende is;

„O., dat mitsdien de woorden: „waarde naar genoegen ontvangen en genoten" in eene schuldbekentenis voldoende aantoonen dat de schuldenaar tegenover de schuld waarvan hij het bestaan erkent, van den schuldeischer heeft genoten eene tegen die schuld overstaande praestatie, en dat in die praestatie de oorzaak is gelegen van zijne verbindtenis, zoodat de schuldenaar die tegen zijne eigene schriftelijke erkentenis wil opkomen, de onwaarheid van het door hem erkende zoude moeten aantoonen;

„O., dat het Hof alzoo met juistheid heeft beslist, dat door de woorden: „waarde naar genoegen ontvangen en genoten" de oorzaak der verbindtenis ondubbelzinnig wordt uitgedrukt, en het aangevoerde *middel* van cassatie mitsdien is ongegrond;

„Verwerpt de voorziening;

„Veroordeelt den eischer in de kosten in cassatie gevallen, met uitzondering van die veroorzaakt door het verleende verstek tegen den verw., welke moeten blijven ten laste van dezen."

N° 1917. — Beschikking van 27 November 1884.

(A. 1 en 9 der wet van 26 Junij 1876, *St.* n° 124; a. 99, 100, 101 B.-W.; a. 169 j° a° 99 B.-W.; a. 1903 B.-W.)

Is een procureur bij den H.-R. bevoegd als zoodanig een requestrant in cassatie te vertegenwoordigen? — NEEN.
Is van eene beschikking eens kntrs. op een verzoekschrift waarbij de regten van anderen dan den requestrant betrokken zijn en waarbij die kntr. zich onbevoegd verklaard heeft, hooger beroep toegelaten, zoodat beroep in cassatie vooralsnog niet-ontvankelijk is? — JA.

Op het na te melden verzoekschrift heeft de Adv.-G.

VAN MAANEN, namens den Proc.-G., de volgende conclusie overgelegd:

„De Proc.-G. bij den H.-R. der Ned.;

„Gezien 1° het verzoekschrift tot cassatie ingediend namens „C. J. B. N. v. T., tegen eene beschikking van den kntr. te „'s Gravenhage dd. 30 Julij ll., waarbij deze zich onbevoegd „heeft verklaard om zijne tusschenkomst te verleenen tot het „aangaan van een huwelijk, waartoe req. vader weigerde zijne „toestemming te verleenen; 2° het daartegen gerigt verweer„schrift, namens den vader van den req.;

„O., dat in de eerste plaats de nietigheid van het request „is beweerd, op grond dat het is ingediend door den Proc. „Mr. D. S. v. E., die vóór de wet van 26 Junij 1876, *St.* „n° 124, geen Proc. bij den H.-R. was, en alzoo krachtens „a. 1 en 9 dier wet onbevoegd was als zoodanig in cassatie „op te treden;

„O., dat al mogen, behoudens de uitzondering van a. 9, alleen *advocaten* iemand in cassatie kunnen vertegenwoordigen, zoo getuigt de aangenomen qualiteit van procureur wel van onnaauwkeurigheid, doch zij brengt geene nietigheid mede, omdat Mr. D. S. v. E. advocaat bij den H.-R. is;

„O., dat in de tweede plaats de niet-ontvankelijkheid van het beroep is voorgebragt, op grond dat tegen de beschikking hooger beroep openstond;

„O., dat op grond van een arr. van den H.-R. van 13 Nov. 1873 (v. D. HON., *B.-R.* XXVIII, 85; *N. Rspr.* LXXV, 163) is beweerd, dat van eene beschikking des kntr. op request niet kan worden geappelleerd;

„O., dat het daar gold eene dispositie, krachtens a. 94 K. gegeven, waaromtrent de Raad overwoog: „dat daarbij geen „geschil wordt beslist;"

„O., dat echter de H.-R., blijkens arr.n van 20 Febr. 1868 en 17 Mei 1866 meer overhelt tot de leer, dat het appel

de algemeene regel is en slechts is uitgesloten in de bij de wet bepaalde gevallen; (*)

„O., dat bij die uitspraken nog uitdrukkelijk wordt gezegd, dat het hooger beroep is toegelaten, wanneer door de beschikking *regten van anderen kunnen zijn verkort;*

„O., dat zulks zeker hier het geval is, waar de regter zich *onbevoegd* heeft verklaard van het voor hem gebragte geschilpunt kennis te nemen, hetgeen te meer klemt, omdat volgens a. 333 B-R. in dergelijke geschillen het beroep ontvankelijk is, ofschoon ook de regter, wiens bevoegdheid betwist wordt, mogt kunnen kennis nemen in het hoogste ressort van de zaak ten principale;

„O., dat ook bij arr. van den H.-R. van 27 Dec. 1851 (**) is verworpen een beroep in cassatie tegen eene beschikking door eene regtb. *in appèl* in gelijke zaak gegeven en die regtb. *niet onbevoegd* is verklaard, hetgeen had moeten geschieden in het systeem in bovengenoemde arr[n] aangenomen (vgl. het arr. van den H.-R. van 6 Mrt. 1857 (v. D. HON., *B.-R.* XXI, 155; *N. Rspr.* LV, 193);

„O., dat als *eerste middel* van cassatie is voorgesteld: schending en verkeerde toepassing van a. 99, 100 en 101 B.-W., omdat de kntr. zich ten onregte heeft onbevoegd verklaard, op grond dat des requestrants vader niet meer te 's Gravenhage zou wonen;

„O., dat *in facto* vaststaat, dat de vader hier niet woont en daarop thans niet kan worden teruggekomen;

„O., dat de argumenten, geput uit de gevolgen, welke kunnen voorkomen òf zoo de vader buitenslands gaat, òf de zoon hem oproept tijdens hij zich niet in Nederland bevindt, van geen invloed kunnen zijn op de beslissing der kwestie over de bevoegdheid des regters;

(*) Zie in deze *Verzam.* afd. *B.-R.* XXIX, 384 en XXX, 386.

(**) *Ibid.* XIII, 399.

„O., dat de requestrant beweert, dat de kntr. òf den vader had moeten beschouwen als verhinderd om zijn wil te verklaren en naar analogie van a. 169 B.-W. *de moeder* had moeten ontbieden, òf a. 99 zoo had moeten opvatten, dat daarin bedoeld werd de regter der *laatste gemeenschappelijke* woonplaats;

„O., dat a. 169 met deze materie niets gemeens heeft, en dat a. 99 uitdrukkelijk spreekt van de *woonplaats* en niet de uitdrukking bezigt, die de requestrant er in wil lezen;

„O., dat in ieder geval, doordien de kntr. zich aan de stellige woorden der wet heeft gehouden, hij de aangehaalde a. niet heeft geschonden of verkeerd toegepast, en dit *middel* alzoo is ongegrond;

„O., dat als *tweede middel* is aangevoerd: schending of verkeerde toepassing van a. 1903 B.-W., doordien de kntr. het niet meer te 's Gravenhage wonen van requestrants vader hoofdzakelijk als bewezen aanneemt op grond van *algemeene bekendheid*, een bij a. 1903 niet bekend bewijsmiddel;

„O., dat dit *middel* niet opgaat, omdat 1° het *dictum* ook berust op de overgelegde akte van volmagt; 2° a. 1903 B.-W. is enuntiatief, niet limitatief (ASSER *ad art*, n° 5);

„O., dat het *derde middel* luidt: schending of verkeerde toepassing van a. 99 en 100 in verband met a. 1829 B.-W., omdat in het geval bedoeld in a. 99 en volg. de vader niet bij gemagtigde kan verschijnen;

„O., dat dit *middel* wel gegrond voorkomt, omdat het houden van vertoogen in a. 100 bevolen, wel gevolgen kan hebben op den *persoon* van den vader of van het kind, doch niet van hunne gemagtigden, die aan hunne lastgeving gehouden zijn (VOORDUIN, II, 187 en 188);

„O., dat evenwel dit *middel* in den stand der zaak geen gevolg kan hebben, omdat het tot niets kan leiden, in welken zin de H.-R. ook eventueel over de bevoegdheid of onbevoegdheid des kntrs moge beslissen;

„Concludeert, dat de requestrant in zijn verzoek zal worden verklaard niet-ontvankelijk."

BESCHIKKING. — De H.-R. d. Ned. — *(in Raadkamer vergaderd)*;

„Gezien bovenstaand verzoekschrift;

„Gezien het daartegen ingediend antidotaal request;

„Gezien de conclusie van den Adv.-G. VAN MAANEN, namens den Proc.-G., strekkende tot enz.;

„Gezien de stukken;

„O., dat dit verzoekschrift is ingediend door Mr. D. S. v. E., procureur bij den H.-R. der Ned., en dus indien Mr. v. E. geene andere qualiteit had, zoude zijn nietig, doch dat deze daarenboven is advocaat bij dezen Raad en dus in die hoedanigheid bevoegd om den req. in cassatie te vertegenwoordigen;

„O., dat echter in deze, waar cassatie is aangeteekend van eene beschikking eens kntr[s] op een verzoekschrift, waarbij de regten van anderen dan van den requestrant betrokken zijn, en waarbij die kntr. zich heeft verklaard onbevoegd, zonder twijfel hooger beroep is toegelaten, zoodat het beroep in cassatie is niet-ontvankelijk;

„Verklaart den requestrant niet-ontvankelijk in zijn verzoek."

N° 1918. — Arrest van 28 November 1884.

(A. 399 j° a. 344 B.-R. — A. 1401, 1902, 1903 B.-W. — A. 585, lid 1 en n° 8 B.-R.)

Is het beroep in cassatie tegen het interlocutoir vonnis ontvankelijk, wanneer de eischer in cassatie zonder eenig protest tot het bij dat vonnis gelaste getuigenverhoor heeft medegewerkt? — NEEN.

Is de als bewezen aangenomen handeling des eischers (de wegvoering van eens anders pianino) te regt als onregtmatig beschouwd? — JA.

Kan ook te goeder trouw onregtmatig worden gehandeld? — JA.

Is onregtmatigheid eene qualificatie, en geen feit, zoodat daarvan geen afzonderlijk bewijs behoefde te worden opgelegd? — Ja.

Namens den Proc.-G. heeft de Adv.-G. van Maanen in deze zaak de volgende conclusie genomen:

„De aangevoerde *middelen* van cassatie luiden:

„I. schending en verkeerde toepassing der a. 2014, 565, 611, 629 en 1401 B.-W., en a. 585 § 1 en n° 8 en 731 B.-R., omdat bij roerende goederen bezit geldt als volkomen titel en de regtb. feitelijk heeft beslist, dat bij dagvaarding niet was beweerd kwade trouw bij den cassatie-eischer, toen gedaagde, en daar de regtb. zelve niets heeft overwogen, veelmin beslist, omtrent goede of kwade trouw, of de wetenschap van gedaagde, nu cassatie-eischer, dat de pianino eigendom was van den eischer, nu cassatie-verw. — de daad van toeëigening der pianino van den eischer, nu cassatie-verw., op zich zelve zeer zeker tegenover *dezen* niet kon vormen een *onregtmatige* handeling, de vergoeding van welker schade bij lijfsdwang kan worden verhaald; zoodat na die feitelijke beslissing de verw. in zijne vordering had behooren te zijn verklaard niet-ontvankelijk;

„II. schending en verkeerde toepassing der a. 1401, 1902, 1903 B.-W., der a. 199, 200, 1° lid, 103 en 203, benevens a. 585, lid 1 en n° 8, B.-R., omdat de regtb., veroordeelende tot vergoeding der schade bij lijfsdwang te verhalen, veroorzaakt door de *onregtmatige handeling* van den cassatie-eischer, alleen diens *handeling* bewezen verklaart, doch omtrent het onregtmatige niet alleen niet in het eindvonnis overweegt of bewezen verklaart, maar zelfs bij interlocutoir, dat bij eindvonnis is bevestigd, het bewijs van dat onregtmatige niet heeft opgelegd.

„Ik geloof dat beide *middelen* gezamenlijk kunnen worden behandeld, ofschoon ze wel degelijk zijn onderscheiden.

„Het *eerste* toch berust op de stelling dat bij gemis aan

bewezen wetenschap bij den oorspronkelijken gedaagde dat C. eigenaar van de pianino was, hij tegen dezen geen onregtmatige daad beging, en er alzoo geen regtsband tusschen hen bestond, want dat tegenover hem P. was eigenaar.

„Het *tweede middel* betreft de beweerde onvoldoende motivering van het vonnis en het verzuim van den regter om het bewijs van het onregtmatige der handelingen aan den oorspronkelijken eischer op te leggen.

„Het beroep tegen het interlocutoir vonnis, dd. 6 Febr. 1883, partijen zijn het daarover eens, en het is constante jurisprudentie, is niet-ontvankelijk, omdat daarin door den eischer is berust door medewerking tot het getuigen-verhoor, waarbij geene reserve omtrent de cassatie is gemaakt (Arr. H.-R. 25 Jan. 1884, v. D. HON., *B.-R.* XLIX, 174).

„De aanhef van het eindvonnis luidt echter: „dat de regtb. zich gedraagt aán en *overneemt* het relaas van de in deze zaak gestelde feiten en gevoerde procedures, voorkomende in voormeld interlocutoir".

„Nu zou, volgens den verw., het ingestelde beroep reeds daarom niet kunnen slagen, omdat de *middelen* uitgaan van de stelling, dat de interlocutoire uitspraak met de einduitspraak *onafscheidelijk zamenhangt*, en dus, waar de interlocutie in stand blijft niet het eindvonnis zou kunnen worden gecasseerd.

„Zoodanig beweren is vreemd, omdat het gevolg der referte aan het vroegere vonnis m. i. dit is, dat wat in het vroegere vonnis voorkomt, geacht wordt in het eindvonnis zelf te staan, zoodat ik integendeel een beroep tegen de interlocutie eer overbodig zou achten, wijl deze met het eindvonnis van zelf valt of blijft staan.

„De in het eindvonnis overgenomen en herhaalde feiten komen hierop neder, dat de oorspronkelijke eischer bij dagvaarding en conclusie heeft geposeerd: dat de gedaagde een breeder omschreven pianino, die het eigendom van den eischer

is en door dezen verhuurd was aan J. P., gewoond hebbende in de Jacob van Campenstraat n° 101, uit die woning vervoerd en zich toegeëigend had, door welke onregtmatige handeling den eischer eene aanmerkelijke schade is toegebragt, weshalve hij ter vergoeding dier schade eene som van *f* 280 heeft gevorderd.

„De gedaagde heeft die feiten eenvoudig ontkend en zich, wat het aangeboden getuigenbewijs betreft, gerefereerd aan het oordeel van den regter, slechts onder opmerking dat de posita de noodige duidelijkheid missen.

„Daarop heeft de regter de bewijslevering van genoemde feiten gelast, hebben de enquêtes plaats gehad, en is zonder nadere conclusien het eindvonnis gevolgd, waarbij de vordering is toegewezen.

„Door den verw. in cassatie is omtrent *beide middelen* beweerd: 1° dat zij bevatten verweringen in eersten aanleg niet voorgedragen, en die dus niet voor het eerst in cassatie kunnen worden voorgebragt; 2° dat hier hoogstens aan een *mal jugé* zou zijn te denken.

„Let men op de judicieele contenance van den eischer, die de feiten bloot ontkende, die niet beweerde, dat ze niet ter zake dienende en afdoende waren, en die noch vóór, noch na de enquête de onregtmatigheid er van heeft tegengesproken, dan schijnt hier werkelijk een *novum* te zijn aangevoerd; ik vermeen echter, dat de onregtmatigheid in de handelingen zelve ligt opgesloten en eene qualificatie is, die door den regter daaraan wordt gegeven.

„Voorts komt het mij voor, dat de gevallen uitspraak geen *mal jugé* kan zijn, omdat voor een onderzoek in cassatie vatbaar is de vraag, of zekere handelingen als onregtmatig zijn te beschouwen; met andere woorden of de dader is gebleven binnen de regtmatige uitoefening van zijne regten. (Arr. H.-R. 24 Jan. 1873, v. D. HON. *B.-R.* XXXVIII, 62; *N. Rspr.* CIII, 93.

„En die vraag zal ook in dit geding een punt van onderzoek uitmaken. Onregtmatige daden zijn niet alleen die, welke bij de strafwet, eenige andere wet, of wettelijke verordening zijn verboden, maar ook daden van eigen rigting waartoe men in regten niet bevoegd is, daden, waardoor men, ook buiten eenig daaromtrent bestaand gebod, inbreuk maakt op het regt van een ander.

„Hieruit volgt, dat wegname van eens anders goed, ten einde zelf zich regt te verschaffen, is eene daad van eigen rigting overschrijdende de grenzen van iemands regt, zoodat men verpligt is de daardoor berokkende schade te vergoeden. Het is eene soustractie, zij dan ook niet *bewezen* dat zij plaats had ter kwader trouw (want van de beweerde goede trouw des gedaagden wordt in het eindvonnis niet gerept), die evenzeer eene onregtmatige daad kan zijn, als wanneer zij valt in de termen van a. 379 en volg. van het Strafwetb.

„Er is in dit geding enkel sprake van ontvreemding, niet van bezit, en de a. 2014, 565, 611, 629 B.-W. en a. 721 B.-R. kunnen hier dus buiten beschouwing blijven. De eigenaar van de pianino heeft ingesteld de actie van a. 1401 B.-W., en van possessie ter goeder of ter kwader trouw bij den gedaagde is de rede niet geweest.

„En nu is mede onjuist de bewering dat tot toewijzing der vordering noodig ware geweest, dat de gedaagde had gehandeld ter kwader trouw, met de wetenschap dat de pianino het eigendom was van den oorspronkelijken eischer, en dat zijne handeling zeker geen onregtmatige daad ,was *tegenover dezen*, maar alleen tegenover P.

„Ook voor te goeder trouw begane onregtmatige daden is de dader verantwoordelijk; ter zake doet niets de wetenschap wie eigenaar is; geheel voldoende voor toewijzing der actie was de wetenschap, dat de gedaagde zelf geen eigenaar was, en dat de eigenaar hem tot de wegvoering niet had gemagtigd; door zijne daad werd hij in de eerste plaats

tegenover den eigenaar verbonden; nu moge hij al aan eene strafvervolging zijn ontsnapt, omdat hij heeft kunnen meenen dat de huurder, die *alles*, behalve de gehuurde pianino, *meênam*, de eigenaar was, wat zelfs vroeger door hem niet eenmaal is beweerd, zulks neemt niet weg dat zijne eigenmagtige en wederregtelijke daad een regtsband tusschen hem en den benadeelden eigenaar in het leven riep. „De vergoeding," zegt DIEPHUIS, „moet worden gegeven aan *allen*, die door de onregtmatige daad schade hebben geleden, hetzij regtstreeks, hetzij meer middellijk, en men behoeft geen eigenaar te zijn van het goed, waaraan de schade is toegebragt." (Zie Deel VI, n° 667, blz. 262, 2e druk).

„Een voorbeeld van zoodanige soustractie vindt men in het arr. van den H.-R. van 25 Mei 1866 (V. D. HON., *B.-R.* XXX, 395 volg., niet in de *Rspr.* opgenomen), waar iemand zich had meester gemaakt van al de specie door hem uit eene gemeene scheid-sloot gebaggerd en tot schadevergoeding daarvoor werd veroordeeld.

„De door den eischer aangehaalde arrn van 20 Febr. 1852 *Rspr.* XLI, 121; (V. D. HON. *B.-R.* XIV, 99); 5 Nov. 1858 (*) en 18 Mrt. 1864, V. D. HON. *B.-R.* XXVIII, 413—437) zijn m. o. op de onderhavige zaak niet van toepassing.

„Het *tweede middel* betreffende de motivering van het aangevallen vonnis kan reeds daarom niet opgaan, omdat de bij dat *middel* vermelde artikelen, allen het bewijs van door eene partij geposeerde feiten, maar geenszins de motivering van regterlijke uitspraken betreffen.

„Maar bovendien, de regtb. het bewijs van het positum der dagvaarding, waarop de actie ex a. 1401 berustte, ge-

(*) Een arr. van 5 Nov. 1858 wordt in geen der Verzamelingen aangetroffen; welligt wordt bedoeld het arr. van 11 Junij 1858 (V. D. HON., *B.-R.* XXII, 318), naar hetwelk de Adv.-G. GREGORY in zijne conclusie, voorafgaande het aangehaald arr. van 18 Mrt. 1864, verwees.
Red.

lastende, besliste daarmede reeds van zelf, dat die daad was onregtmatig, en toen dit niet werd tegengesproken en het feit bewezen werd verklaard, was geheel voldoende de laatste overweging van het vonnis, waarbij de handeling van den gedaagde als onregtmatig werd betiteld.

„Het bewijs van het onregtmatige der handeling behoefde niet te worden opgelegd, omdat dit uit de handeling zelve resulteerde, en daarvan eene qualificatie was, staande ter appreciatie van den regter.

„Ik oordeel mitsdien beide *cassatie-middelen* ongegrond en heb de eer te concluderen tot verwerping van het ingestelde beroep, met veroordeeling van den req. in de kosten."

ARREST. — De H.-R. d. Ned. — Op het beroep van, enz.;

„O., dat als *eerste middel* van cassatie is voorgesteld: schending en verkeerde toepassing der a. 2014, 565, 611, 629 en 1401 B.-W. en der a. 585 § 1 en n° 8, en a. 721 B.-R., omdat bij roerende goederen bezit geldt als volkomen titel, en de regtb. feitelijk heeft beslist, dat bij dagvaarding niet was beweerd kwade trouw bij den cassatie-eischer, toen gedaagde, en, daar de regtb. zelve niets heeft overwogen, veelmin beslist, omtrent de goede of kwade trouw, of de wetenschap van gedaagde, nu cassatie-eischer, dat de pianino eigendom was van den eischer, nu cassatie-verw., de daad van toeëigening der pianino van den eischer, nu cassatie-verw., op zich zelve zeer zeker tegenover dezen niet kon vormen eene onregtmatige handeling, de vergoeding van welker schade bij lijfsdwang kan worden verhaald, zoodat na die feitelijke beslissing de verw. in zijne vordering had behooren te zijn verklaard niet-ontvankelijk;

„en als *tweede middel:* schending en verkeerde toepassing der a. 1401, 1902, 1903 B.-W., der a. 199, 200, 1° lid, 103 en 203, benevens a. 585, lid 1 en n° 8, B.-R., omdat de regtb. veroordeelende tot vergoeding der schade, bij lijfsdwang te verhalen, veroorzaakt door de onregtmatige handeling

van den cassatie-eischer, alleen diens handeling bewezen verklaart, doch omtrent het onregtmatige niet alleen niets in het eindvonnis overweegt of bewezen verklaart, maar zelfs bij interlocutoir, dat bij eindvonnis is bevestigd, bewijs van dat onregtmatige niet heeft opgelegd;

„O., dat dit beroep in cassatie, voor zoover het gerigt is tegen het interlocutoir vonnis van 6 Febr. 1883, niet-ontvankelijk is, omdat de eischer in cassatie zonder eenig protest tot het bij dat vonnis gelaste getuigenverhoor heeft medegewerkt en derhalve in dat vonnis heeft berust;

„O., dat de regtb. echter bij het eindvonnis zich gedragen heeft aan- en overgenomen het relaas der in deze zaak gestelde feiten en gevoerde procedures, voorkomende in voormeld interlocutoir, zoodat de overwn dienaangaande van het interlocutoir geacht moeten worden deel van het eindvonnis zelf uit te maken en derhalve in cassatie kunnen worden bestreden;

„O. ten aanzien van het *eerste middel* van cassatie, dat in dit geding geen sprake is van bezit, en de gegrondheid van dit *middel* alleen afhangt van de beantwoording der vraag of de als bewezen aangenomen handeling des eischers in cassatie al of niet was onregtmatig;

„O., dat tot die beantwoording de goede of kwade trouw van den eischer geheel en al is onverschillig, omdat ook te goeder trouw onregtmatig kan worden gehandeld, en evenzeer de wetenschap wie eigenaar der weggevoerde zaak was, hetzij dan de verhuurder van de pianino of de huurder van het huis of iemand anders, vermits de eischer zelf niet beweert eigenaar der pianino te zijn of door eenig daarop regthebbende te zijn gemagtigd; zoodat door die wegvoering in allen gevalle iemands regt werd geschonden, en het onregtmatige der wegvoering in de handeling zelve ligt opgesloten;

„O., dat het *eerste middel* van cassatie mitsdien is ongegrond;

„O. ten aanzien van het *tweede middel* van cassatie, dat de regtb., toen zij bij interlocutoir vonnis het bewijs der bij

de dagvaarding gestelde feiten, waarop de vordering uit a. 1401 B.-W. gegrond is, gelastte, daarbij reeds besliste dat die feiten waren onregtmatig en het afzonderlijk bewijs dier onregtmatigheid niet behoefde te worden opgelegd, omdat die beslissing niet is eene beslissing omtrent het al of niet bestaan van een feit, maar eene qualificatie van feiten, welke staat ter beoordeeling van den regter;

„O., dat derhalve ook het *tweede middel* is ongegrond;

„Verklaart den eischer niet-ontvankelijk in zijn beroep in cassatie tegen het interlocutoir vonnis van 6 Febr. 1883;

„Verwerpt de voorziening tegen het eindvonnis van 8 Jan. 1884;

„Veroordeelt den eischer in de kosten."

N° 1919. — Arrest van 5 December 1884.

(Prov.-Regl. op de wegen en voetpaden in Zuidholland van 1870; a. 148 Grw.; a. 137 en 140 Prov.-w. j° a° 181 Grw; — A. 230 en 231 Gem.-w.

Is bij het beklaagde arr. de door het administratief gezag in het algemeeen belang geregelde verpligting om in het onderhoud van een openbaren weg te voorzien te regt aangemerkt als een publiekregtelijke last, die niet naar de regelen van het burgerlijk regt mag beoordeeld worden? — Ja.

Betreft daarentegen de regtsvordering tot terugvordering van gelden voor onderhoud door het polderbestuur uitgegeven eene schuldvordering, bij het beklaagde arr. te regt geoordeeld te behooren tot de kennisneming van de regterlijke magt? — Ja.

Moet onder „bijwerken" der leggers verstaan worden het aanbrengen zoowel van verbeteringen als van aanvullingen? — Ja.

Is in casu *de onderhoudspligt aangenomen krachtens en in overeenstemming met den onder vigueur van het Prov.-Regl. op de wegen enz. opgemaakten legger, en kan daartegen alleen bij de administratie worden opgekomen?* — Ja.

Poldermeester van den Lagen Polder van Abtswoude, vertegenwoordigd door M. D. VAN ECK, advocaat bij den H.-R., heeft zich in cassatie voorzien tegen een arr. van het Geregtshof te 's Gravenhage van 28 Jan. 1884, tusschen partijen gewezen en den Burgemeester van Delft qq. als verw. in cassatie doen dagvaarden voor den H.-R., ten einde:

„A. gemeld arr. de wet heeft geschonden en verkeerd toegepast en de eischer tot staving van dit zijn beweren aanvoert de volgende *middelen* en gronden: „1° schending en verkeerde toepassing van de a. 148, 192 en 131 Grw., a. 137 en 140 Prov.-w. van 6 Julij 1860, *St.* n° 39, a. 230 en 231 Gem.-w., a. 2 R.-O., a. 625, 627 en 720 B.-W. en a. 3 Prov.-Regl. van Zuidholland van 3 Nov. 1870, goedgekeurd bij Kon. besluit van 21 Nov. 1870, n°. 16, op de wegen en voetpaden in de provincie; omdat de onderhoudspligt van den weg, waarover, als zijnde een publiekregtelijke last door het openbaar gezag opgelegd, is geacht alleen ter beoordeeling te staan van het administratief gezag, waarvan de beslissing behoort geëerbiedigd te worden door de regterlijke magt, — en omdat als de onderhoudspligtigheid door den regter niet mag worden onderzocht, als behoorende deze niet tot het burgerlijk maar tot het publiek regt, de regter zich onbevoegd had moeten verklaren daarover een oordeel uit te spreken.

„Het arr. toch neemt aan, dat het twistgeding loopt over eene schuldvordering en dat het oordeel over schuldvorderingen, volgens a. 148 Grw., behoort bij den burgerlijken regter.

„Is dit zoo, dan heeft die regter ook de regtsgronden te onderzoeken tot de beantwoording van de vraag: of volgens de regelen van het regt de voldoening aan dien beweerden onderhoudspligt teregt wordt gevorderd.

„Volgens de Grw. en de overige genoemde wetten is daartoe alleen bevoegd de regterlijke magt.

„Het arr. betwist die stelling en meent dat het admini-

stratief gezag daartoe bevoegd is verklaard en wel bij a. 720 B.-W.

„Dat a. zegt echter wel, dat de regten en verpligtingen ten openbaren of gemeentelijken nutte daargesteld, ten onderwerp hebbende het maken of herstellen van wegen, bij bijzondere wetten en verordeningen zullen worden geregeld, en onttrekt dus wel die regeling aan het Burgerlijk wetboek, maar daarom nog niet aan het burgerlijk regt, en zegt zeker niet „inbreuk te willen maken op de Grw.", die, aan welke magt ook eene regeling wordt toevertrouwd, altoos wil, dat de beoordeeling over eigendomsregt, schuldvordering en dergelijke, onvoorwaardelijk zal worden overgelaten aan den burgerlijken regter.

„En hiermede is tevens wederlegd de redenering, dat volgens de Grw. en andere wetten aan de Prov. Staten en aan gemeentebesturen zoodanige bevoegdheid van regeling ten opzigte van wegen zou zijn gegeven, dat daarbij over het eigendomsregt zou mogen worden beschikt.

„Immers is die regeling alleen van administratieven aard, die wel behoort geëerbiedigd te worden, voor zoover die alleen is administratieve regeling, maar niet, waar zij grijpt in het eigendomsregt, omdat diezelfde Grw., evenals de Gem.-w. tevens in de stelligste woorden beslist, dat, waar het vraagpunten geldt van burgerlijk regt, alleen de burgerlijke regter daarover een oordeel zal hebben, en onafhankelijk van de meening van andere autoriteiten daarover zal beslissen.

„En indien het arr. van oordeel was, dat de beslissing over den onderhoudspligt niet behoort tot het burgerlijk regt, maar tot het publiek regt, en dus opgedragen is aan de administratieve magt, dan had de regter, die toch zelf behoort uit te maken wat regt is, maar niet is de tenuitvoerlegger van administratieve bevelen, zich onbevoegd behooren te verklaren om op de ingestelde vordering uitspraak te doen.

„2° schending en verkeerde toepassing van a. 3 van het Prov. regl. van Zuidholland van 3 Nov. 1870, goedgekeurd bij Kon. besluit van 21 Nov. 1870, *St.* n° 16, op de wegen en voetpaden in die provincie, en van de a. 230 en 231 Gem.-w. omdat het eerstgenoemd a. zegt, dat de bij de invoering van dat regl. reeds vastgestelde leggers van kracht blijven, doch voor zooveel noodig worden bijgewerkt.

„De legger van 1853 had toch uitgemaakt dat de eischer niet was onderhoudspligtige van den weg waarover geschil, en dat de onderhoudspligtige tot niets anders was verpligt dan tot het onderhoud van den weg als koolasch-weg.

„De legger door den gemeenteraad van Delft op de wegen en voetpaden in die gemeente, 10 Febr. 1874 vastgesteld, handelde dus in strijd met het Prov. regl. van 1870 door den onderhoudspligt over te brengen op den Lagen Abtswoudschen polder en dien polder te noodzaken om de kosten van den aanleg en het onderhoud van een grintweg te bestrijden, en wat de laatstgenoemde a. betreft, omdat, welke bevoegdheden ook aan het administatief gezag mogen zijn toegekend, de verpligting tot onderhoud van de in a. 230 Gem.-w. genoemde werken, aan anderen dan aan de gemeente niet mag worden opgelegd dan alleen in het geval van wettelijke verpligtingen, welke ten opzigte van den eischenden polder noch in den legger van 10 Febr. 1874, noch in het arr. worden aangewezen;

„bij arr. van den H.-R. te hooren vernietigen het arr. van het Geregtshof te 's Gravenhage 28 Jan. 1884 tusschen partijen gewezen, en wijders te hooren regt doen, zooals de H.-R. zal vermeenen te behooren, met veroordeeling van den gedaagde in de kosten zoo in eersten aanleg, hooger beroep, als in cassatie gevallen."

Voor den verwerenden Burgemeester van Delft, (vertegenwoordigd door Mr. A. M. VAN STIPRIAAN LUÏSCIUS, advocaat bij den H.-R.), is de volgende conclusie genomen:

„A. als *eerste middel* van cassatie is voorgesteld schending en verkeerde toepassing enz.;

„A. dit *cassatie-middel* bestaat uit *twee* deelen;

„A. het eerste deel van het *middel* betreft 's Hofs beslissing, dat de onderhoudspligtigheid van den Lagen Abtswoudschen polder aan het ten processe bedoeld deel weg *in foro civili* vaststaat door de aanwijzing op den met inachtneming van alle administratieve voorschriften vastgestelden legger van 1874, en de verwerping van de daartegen door den polder geopperde bezwaren bij beschikking van Gedep. Staten der prov. Zuidholl. van 9—16 Aug. 1876, waarin die polder heeft berust;

„A. deze 's Hofs beslissing geenszins is in strijd met de door den eischer in cassatie aangehaalde a.;

„A. de nu eischer wel aanvoert, dat het hier zou gelden beschikking over eigendomsregt en mitsdien eene vraag van burgerlijk regt, waarover de burgerlijke regter heeft te oordeelen;

„A. de nu eischer hierbij echter uit het oog verliest dat, gelijk het Hof *in terminis* heeft uitgemaakt, de onderhoudspligtigheid *in casu* van een openbaren weg, — waarvan de eigendom niet behoort aan den Lagen Abtswoudschen polder, — *niet* raakt den *eigendom* of *daaruit* voortspruitende regten, en ook *niet* is gegrond op *privaatregtelijke* regtsverhoudingen, *doch* moet worden aangemerkt als een *publiekregtelijke last*, *ten nutte van het algemeen door het openbaar gezag opgelegd* of *erkend.*"

„A. een zoodanige onderhoudspligtigheid *per se*, uit haren aard, en blijkens de uitdrukkelijke bepaling van a. 720 B.-W., ligt buiten de grenzen van het burgerlijk regt en wordt geregeld door de speciale wetten en verordeningen in evengemeld a. bedoeld, en waartoe behoort het ingeroepen Prov.-Regl., hetwelk overeenkomstig de betrekkelijke bepalingen van de Grw. en Prov.-w. is tot stand gekomen, en waarvan dan

ook door den eischer in cassatie geen strijd met eenige wetsbepaling wordt beweerd;

„A. volgens dit Regl. de beslissing omtrent onderhoudspligtigheid van een openbaren weg, gelijk hier, behoort aan de administratieve autoriteit zooals de nu eischer dit dan ook in zijne voorziening bij Gedep. Staten heeft erkend;

„A. de eischer in cassatie, in zijne voorziening bij de administratieve autoriteit zijnde gesuccumbeerd, niet is bevoegd daartegen op te komen bij den burgerlijken regter, wien bij geene wetsbepaling de bevoegdheid is verleend daarover te oordeelen;

„A. het Hof mitsdien teregt heeft verstaan, dat des nu eischers onderhoudspligtigheid door de beslissing der administratieve autoriteit vaststaat *in foro civili*, zoodat onnoodig was te onderzoeken naar hetgeen de nu verw. *daarnevens* tot *nadere* staving dier onderhoudspligtigheid *subsidiair* had aangevoerd;

„A. het tweede deel van het *cassatie-middel* is gerigt tegen 's Hofs beslissing, dat de regter bevoegd is van de onderwerpelijke vordering kennis te nemen;

„A. wel verre dat die beslissing zou strijden met een der a., bij het *cassatie-middel* aangehaald, zij integendeel is in volkomen overeenstemming met a. 148 Grw. en a. 2 R.-O.;

„A. toch in deze is gevorderd betaling der geldsom, door den nu verw. uitgegeven om te voorzien in het onderhoud, dat de nu eischer had moeten, doch heeft nagelaten aan den weg te volbrengen; — en mitsdien in dit proces de rede is van eene *schuldvordering*, waaromtrent de beslissing bij voormelde a. uitdrukkelijk wordt opgedragen aan de regterlijke magt;

„A. de door het Hof teregt aangenomen verpligting om de door de administratieve autoriteit uitgemaakte onderhoudspligtigheid *in foro civili* als vaststaande te erkennen, door den eischer ten onregte wordt ingeroepen om daaruit af te leiden

de onbevoegdheid van den burgerlijken regter om van de ingestelde actie kennis te nemen;

„A. toch deze conclusie ten eenenmale faalt;

„A. immers de zooeven aangehaalde a. het oordeel over *alle schuldvorderingen* opdragen aan de regterlijke magt, zonder te onderscheiden of uit te zonderen voor het geval, dat bij het oordeel omtrent zekere schuldvordering ter sprake komt eenig punt, b. v. onderhoudspligtigheid van een openbaren weg, — waaromtrent de regterlijke magt de beslissing eener andere autoriteit heeft te eerbiedigen;

„A. derhalve *beide* deelen van het *eerste cassatie-middel* zijn ongegrond;

„A. als *tweede middel* van cassatie is voorgesteld schending en verkeerde toepassing van a. 3 van het Prov. regl. van Zuidholland van 3 Nov. 1870, goedgekeurd enz., op de wegen en voetpaden in de provincie, en a. 230 en 231 Gem.-w., omdat enz.;

„A. de a. 230 en 231 Gem.-w. liggen buiten het geschil, waarover is geprocedeerd en dus hunne aanhaling met stilzwijgen kan worden gepasseerd;

„A. het laatste lid van a. 3 van het Prov.-Regl. van 1870 zeker niet uitsloot de bevoegdheid der administratieve autoriteit om den legger van 1853, waar die haar bleek foutief te zijn, te verbeteren en met dit Regl. in overeenstemming te brengen;

„A. voorts, wanneer de nu eischer mogt vermeenen, die bevoegdheid te kunnen betwisten, hij omtrent die wijziging en den inhoud mitsdien van den legger van 1874 zijne bezwaren kon inbrengen bij de administratieve autoriteit, maar geene bepaling door hem is aangehaald, waarbij den regter de bevoegdheid is verleend om den legger van 1874 en hare handhaving in 1875 door Gedep. Staten op zijde te zetten en weder volle kracht toe te kennen aan den oorspronkelijken legger van 1853, niettegenstaande en in strijd met zijne wijziging door het administratief gezag;

„A. dus ook het *tweede cassatie-middel* is ongegrond;

„Zoo concludeert Mr. A. M. van Stipriaan Luïscius qq., dat bij arr. van den H.-R. der Ned. de ten deze ingestelde voorziening in cassatie zal worden verworpen; met veroordeeling van den eischer in de kosten van cassatie."

In deze zaak heeft de Adv.-G. van Maanen, namens den Proc.-G., de volgende conclusie genomen:

„Het *eerste middel* van cassatie heet: schending en verkeerde toepassing der a. 148, 192, 131 Grw., de a. 137 en 140 Prov.-w. van 6 Julij 1850, *St.* n° 39. a. 230 en 231 Gem.-w., a. 2 R.-O., de a. 625, 627 en 720 B.-W. en a. 3 van het Prov. regl. van Zuidholl. van 3 Nov. 1870, goedgekeurd bij Kon. besluit van 21 Nov. 1870, *St.* n° 16, op de wegen en voetpaden in de prov. Zuid-holl., omdat de onderhoudspligt van den weg, waarover, als zijnde een publiekregtelijke last door het openbaar gezag opgelegd, is geacht alleen ter beoordeeling te staan van het administratief gezag, waarvan de beslissing behoort geëerbiedigd te worden door de regterlijke magt en omdat als de onderhoudspligtigheid door den regter niet mag worden onderzocht, als behoorende deze niet tot het burgerlijk, maar tot het publiek regt, de regter zich onbevoegd had moeten verklaren daarover een oordeel uit te spreken.

„Het eerste deel van het *middel* betreft 's Hofs beslissing, dat de onderhoudspligt van den eischer geen punt van onderzoek voor den burgerlijken regter mag uitmaken, vermits zij niet raakt den eigendom of daaruit voortspruitende regten, en niet gegrond is op privaatregtelijke regtsverhoudingen, maar is aan te merken als een publiekregtelijke last ten nutte van het algemeen, door het openbaar gezag opgelegd of erkend.

„De eischer beweert dat het hier geldt een quaestie van eigendomsregt, waarover de burgerlijke regter heeft te oordeelen, onverschillig of de administratieve magt daarover reeds eene beslissing heeft gegeven; hij is van oordeel, dat de regter

die de vordering toewees, ook den regtsgrond der vordering, nl. de beweerde verpligting tot onderhoud, had behooren te onderzoeken.

„De regterlijke magt beslist zelve *uitsluitend* over hare *eigene* bevoegdheid; is nu de administratieve magt op haar gebied getreden, dan zeker behoeft zij zich niet te onthouden van de zaak kennis te nemen, zoo die voor haar wordt gebragt, maar juist om dat eigen oordeel over hare competentie moet zij dubbel zorgvuldig zijn de grens niet te overschrijden (*Themis* 1848, bl. 367 volg.); en nu komt het mij voor, dat in dit geding de regters zich teregt hebben onthouden van een onderzoek naar des eischers verpligting tot onderhoud van den quaestieusen weg.

„Op den voorgrond staat dat het in dit geding niet de vraag geldt of een aan een bijzonder persoon toebehoorende weg is *openbaar* en ten algemeenen gebruik bestemd, maar wie *onderhoudspligtige* van een weg is.

„Het O.-M. bij den H.-R. is, zoover ik heb kunnen nagaan, sedert meer dan 30 jaar van meening geweest, dat de beoordeeling over de openbaarheid en onderhoudspligt van wegen, vaarten- enz., voorkomende op wettelijk vastgestelde leggers, uitsluitend staat ter beslissing van de administratieve autoriteit, en in mijne conclusie, voorafgaande aan 's Hofs arr. van 5 Nov. 1883, heb ik verwezen naar die behoorende bij het arr. van 22 Nov. 1880, en geene andere meening uitgesproken, zooals de raadsman van den eischer meende. Zij was deze, dat de regter alleen te onderzoeken heeft, of de legger in wettelijken vorm, door de administratieve magt zij vastgesteld en goedgekeurd, zooals dit bij de prov. reglementen is voorgeschreven, en hij zich dan aan den legger, zoo lang die niet is gewijzigd, heeft te houden (*N. Rspr.* CXXXV, 67 en CXXVI, 147; v. d. Hon, *G.-Z.* XXXIV, 225 en XXXII, 280).

„De H.-R. was echter laatstelijk van oordeel, dat de burgerlijke en niet de administratieve regter bevoegd is te beslissen

de vraag of op den eigendom van den grond rust de last *van bestemming ten algmeenen gebruike* (H.-R. 16 Mrt. 1877, *N. Rgpr.* CXV, 321; v. d. Hon., *B.-R.* XLII, 152).

„Gelijk ik zeide, betreft het hier echter de vraag, of de legger, zoolang die niet langs den wettigen, bij a. 3 van het Prov.-Regl. op de wegen en voetpaden in Zuidholl. voorgeschreven weg, is gewijzigd, de onderhondspligt bewijst van hen, die als onderhoudspligtigen zijn aangewezen.

„Die onderhoudspligt is een publiekregtelijke last, door het openbaar gezag waar gemaakt; zij raakt niet den eigendom of daaruit voortspruitende regten; zij *kan* gelijk gaan met den eigendom, maar behoeft het niet te doen, gelijk hier, waar door het Hof *in terminis* is uitgemaakt, dat de quaestieuse weg *niet* is het eigendom van den Lagen Abtswoudschen polder; het geldt hier geene uit den eigendom voortspruitende verpligting maar eene publiekregtelijke, die niet wortelt in het privaat regt en alzoo aan de kennisneming van de regterlijke magt is onttrokken.

„Het arr. beslist voorts met volkomen juistheid, dat dit volgt uit a. 720 B.-W., hetwelk de regelen van de regten en verpligtingen met betrekking o. a. tot het herstellen van wegen aan bijzondere wetten en verordeningen heeft overgelaten, zoodat nu het bevoegde gezag met inachtneming van de voorgeschreven vormen, den eischer als onderhoudspligtige aanwees, dit punt voor den regter vaststaat en door hem niet op nieuw kan worden onderzocht, omdat het ligt buiten de grenzen van het burgerlijk regt; onderhoud van publieke werken, en hoever zich dat onderhoud uitstrekt, zijn geen onderwerpen van burgerlijk regt.

„Evenmin zal *in foro poenali* de bekeurde, die zijn weg bij de schouw niet in orde had, zoo hij op den legger is aangewezen, nog een onderzoek naar zijn onderhoudspligt kunnen eischen. Arr. H.-R. 12 Mei 1873 (*N. Rgpr.* CIV, 13; v. d. Hon., *G.-Z.* XXVII, 195), 29 Dec. 1873 (*N. Rgpr.* CV,

417); v. d. Hon., *ibid.*, 374; 26 Mei 1874 (*N. Rspr.* CVII, 63; v. d. Hon., *G.-Z.* XXVIII, 182.)

„Bij eerstgenoemd arr. wordt gezegd, dat de regterlijke magt niet bevoegd is de innerlijke waarde van den legger te beoordeelen en dus ook niet te onderscheiden tusschen al of niet teregt daarbij aangewezen onderhoudspligtigheid, en den grondslag te onderzoeken, waarop de op den legger als publiekregtelijk aangenomen verpligting tot onderhoud zoude berusten.

„Wat aangaat de arr^{n} van den H.-R. in het belang zijner zaak door den eischer aangehaald (uitgezonderd dat van 1852) betreft geen van allen den onderhoudspligt; in dat van 7 Oct. 1857 (*N. Rspr.* LVII, 24; v. d. Hon., *G.-Z.* XIV, 255) was de vraag of de weersloot was een openbaar vaarwater; van 23 Dec. 1857 (*N. Rspr.* LVII, 274; v. d. Hon., *G.-Z.* XIV, 313) of de weg over Honderingen was *ten gebruike van het algemeen bestemd* en tot communicatie dienende; van 9 Febr. 1858 (*N. Rspr.* LVIII, 119; v. d. Hon, *G.-Z.* XV, 12) of de weg was een tot *openbare dienst* bestemde en dus niet mogt worden afgesloten; van 22 Mrt. 1861 (*N. Rspr.* LXVII, 287; v. d. Hon., *B.-R.* XXV, 88) waarbij het gold de vraag of de verpligting tot onderhoud eener gracht in zich bevat die om de daaruit gegraven aarde op zijn land te ontvangen; dat van 23 Dec. 1864 (*N. Rspr.* LXXVIII, 336; v. d. Hon., *B.-R.* XXIX, 154) beslist even als dat van 1877 voormeld, dat de regterlijke magt bevoegd is te beslissen of op een weg het *onus publicum* rust van *ten algemeenen gebruike* bestemd te zijn); dat van 30 Junij 1882 (*N. Rspr.* CXXXI, 198; v. d. Hon., *G.-Z.* XXXIII, 456) betreft de vraag in welke qualiteit Gemeenteraden den legger vaststellen; terwijl eindelijk het arr. van het Geregtshof te 's Gravenhage van 21 Nov. 1881 (*Weekbl.* n° 5055) ook niet in strijd is met het thans beklaagde arr.; blijkens de 2° cons. betrof het de vraag of zekere perceelen belast waren met den last of erfdienstbaarheid van *openbaar voetpad.*

„Alleen het arr. van 24 Dec. 1852 (met de conclusie van

den Proc.-G. te vinden bij v. d. Hon., *B.-R.* XV, 325), betreft de verpligting tot onderhoud van een vaart, en dat eenige arr. van de civiele kamer verklaart de regterlijke magt onbevoegd om kennis te nemen van eene vordering, strekkende om iemands eigendom vrij te verklaren van den last tot onderhoud van de Greonterper-Hieslumervaart, en uit te maken, dat hij door de administratieve magt als daartoe verpligt verkeerdelijk is aangeslagen op den door het Gemeentebestuur opgemaakten en door Gedep. Staten goedgekeurden legger.

„De Raad overwoog: „dat lasten ten openbaren nutte op het *eigendom* klevende (en dat is *in casu* niet eenmaal het geval) niet liggen binnen de grens, waarmede het eigendom civiel-regtelijk is omschreven, en binnen welke alleen het door de burgerlijke wet wordt beschouwd en geregeld."

„De leggers constateeren verpligtingen in den regel van oudsher rustende op eigenaars, aan- en ingelanden, polders of gemeenten, die uit het staatsregt voortspruiten, en daarom ter beslissing staan van de regterlijke magt.

„Waarborgen genoeg zijn er voorts, dat het administratief gezag niet willekeurig zal handelen, geen onwettigen last zal opleggen, want behalve de bezwaren bij burgemeester en wethouders tegen den legger in te brengen, kan men zich beroepen op Gedep. Staten, en dan heeft men nog eene instantie bij den Koning, die de zaak aanhangig maakt bij den Raad van State, afdeeling: „Geschillen van bestuur"; dus voorzorgen genoeg om de regtzoekenden ook regt te doen erlangen.

„Het tweede gedeelte van het *middel* is gerigt tegen 's Hofs beslissing dat de regter bevoegd is van de onderhavige vordering kennis te nemen.

„De eischer vermeent, dat wanneer de burgerlijke regter niet over den onderhoudspligt, den grondslag van den eisch, mag oordeelen, hij ook onbevoegd is op de ingestelde vordering uitspraak te doen.

„Maar dat zou nu juist in strijd zijn met a. 148 Grw. en

en a. 2 R.-O., want de gegrondheid eener schuldvordering is daarbij uitdrukkelijk aan het oordeel van den regter onderworpen, en de aard der actie zelve, niet de grond, waarop zij steunt, beslist over de al of niet bevoegdheid van de regterlijke magt.

»Dat de regter den onderhoudspligt als *in foro civili* vaststaande aannam, omdat hij de beslissing eener andere autoriteit had te eerbiedigen, maakte hem niet onbevoegd om kennis te nemen van een eisch tot betaling van gelden, ter zake van dien pligt, gekomen ten laste van den oorspronkelijken gedaagde.

»Ik oordeel dus het *eerste middel* ongegrond.

»Het *tweede middel* luidt: schending en verkeerde toepassing van het Prov.-Regl. van Zuidholl. van 3 Nov. 1870, goedgekeurd bij Kon. besluit van 21 Nov. 1870, n° 16, op de wegen en voetpaden in de prov. Zuid-holl. en van de a. 230 en 231 Gem.-w., omdat het eerstgenoemde a. zegt, dat de bij de invoering van dat Regl. reeds vastgestelde leggers van kracht blijven, doch voor zooveel noodig worden bijgewerkt, weshalve in strijd met dat Regl. bij den legger der gemeente Delft, van 10 Febr. 1874 aan den eischer de onderhoudspligt is opgelegd, waartoe bij den legger van 1853 anderen waren aangewezen.

»Na bij Gedep. Staten te hebben erkend als hoefslagpligtige met het onderhoud *steeds* belast te zijn geweest, is in regten beweerd, dat volgens den legger vnn 1853 de Krakeelpolder onderhoudspligtige was, en de weg een koolasch-weg was en geen grint-weg, en dat daarin volgens a. 3, al. ult[a], van voormeld Regl. (*Bijv. St.* 1870, n° 353, p. 771) geen verandering had mogen zijn gebragt.

»De a. 230 en 231 Gem.-w., bij het *middel* aangehaald, zijn niet toegepast en niet van toepassing; die spreken van *aan de gemeente toebehoorende wegen* en kunnen dus niet toepasselijk zijn op dezen weg, die niet aan de gemeente

Delft toebehoort. Bovendien is dit een *novum* in cassatie, dat alzoo buiten beschouwing kan blijven.

„Het laatste lid van a. 3 luidt: „de bij de invoering van dit regl. reeds vastgestelde leggers blijven van kracht doch worden voor zooveel noodig bijgewerkt," maar nu volgt uit die bepaling in het minst niet, dat welke fouten of vergissingen door de bevoegde magt in den legger mogten worden ontdekt, dezen ten eeuwigen dage zouden moeten blijven bestaan en niet zouden mogen worden verbeterd. Het woord „bijwerken" kan ook zeer goed in den meer ruimen zin van verbeteren en herzien worden opgevat. De bedoeling was eenvoudig, dat de bestaande leggers niet werden vernieuwd maar bijgehouden.

„De grief wordt bovendien in de 12°, 13° en 14° overw. van het arr. volkomen juist weerlegd met de opmerking, dat de eischer zich met zijne bezwaren en opmerkingen over den legger van 1874 had te wenden tot de administratieve autoriteit, en dit ook gedaan heeft, doch nu zijne bezwaren door deze ongegrond zijn geoordeeld, de laatste legger door den regter als geldend moet worden aangemerkt.

„Zeker is de regterlijke magt krachtens gezegd a. onbevoegd om den legger van 1874 ongeldig en dien van 1853 weder van kracht te verklaren, nu de wijziging in 1874 op wettige wijze door het bevoegd gezag is tot stand gekomen.

„Ook dit *middel* kan niet tot cassatie leiden.

„Ik heb de eer te concluderen tot verwerping van het ingestelde beroep, met veroordeeling van den eischer in de proceskosten."

ARREST. — De H.-R. d. Ned. — Op het beroep van, enz.;

„O. dat als *middelen* van cassatie zijn voorgesteld:

„I. schending en verkeerde toepassing der a. 148, 192, 131 Grw., a. 137 en 140 Prov.-w. van 6 Julij 1850, *St.* n° 39, a. 230 en 231 Gem.-w., a. 2 R. O., a. 625, 627 en 720 B.-W. en a. van het Prov. regl. van Zuidholl. van 3 Nov. 1870, goedgekeurd bij Kon. besluit van 21 Nov. 1870, n° 16, op de wegen en voetpaden in de provincie,

omdat de onderhoudspligt van den weg, waarover het geding loopt, als zijnde een publiekregtelijke last door het openbaar gezag opgelegd, is geacht alleen ter beoordeeling te staan van het administratief gezag, waarvan de beslissing behoort geëerbiedigd te worden door de regterlijke magt, en omdat, als de onderhoudspligtigheid door den regter niet mag worden onderzocht, als behoorende niet tot het burgerlijk, maar tot het publiek regt, de regter zich onbevoegd had moeten verklaren daarover een oordeel uit te spreken.

„II. schending en verkeerde toepassing van a. 3 van het Prov.-Regl. van Zuidholl. van 3 Nov. 1870, goedgekeurd bij Kon. besluit van 21 Nov. 1870, *St.* n° 16, op de wegen en voetpaden in de provincie en van de a. 230 en 231 Gem.-w,, omdat het eerstgenoemde a. zegt, dat de bij de invoering van dat reglement reeds vastgestelde leggers van kracht blijven, doch voor zooveel noodig worden bijgewerkt; in strijd waarmede, bij den legger in 1875 opgemaakt, de eischer belast zou zijn met het onderhoud van den bedoelden weg als grint-weg, terwijl bij den legger van 1853 anderen voor dat onderhoud als koolasch-weg waren aangewezen, en omdat de verpligting tot onderhoud van de in a. 230 Gem.-w. genoemde werken aan anderen dan aan de gemeente niet mag worden opgelegd;

„O., dat blijkens het aangevallen arr. en daarbij bevestigde vonnis feitelijk vaststaat, dat op den overeenkomstig meergenoemd Prov.-Regl. door het gemeentebestuur te Delft 10 Febr. 1874 opgemaakten legger, de polder, waarvoor de eischer opkomt, staat aangewezen als onderhoudspligtige van een deel van zekeren niet aan dien polder toebehoorenden openbaren weg, welke weg bij nalatigheid van dien onderhoudspligtige ten diens kosten op last van Gedep. Staten door het gemeentebestuur in behoorlijken staat van onderhoud gebragt is, waarvan de kosten in dit geding door dat bestuur van den eischer teruggevorderd worden;

„O. nu betreffende het *eerste middel* van cassatie, dat de

door het administratief gezag in het algemeen belang geregelde verpligting om in het onderhoud van een openbaren weg te voorzien, teregt als een publiekregtelijke last aangemerkt is, die daarom ook, blijkens a. 720 B.-W., niet naar de regelen van het burgerlijk regt beoordeeld mag worden, en welks al of niet wettig bestaan ook niet afhangt van eene der wijzen tot het ontstaan van burgerlijke regtsverpligtingen gevorderd;

„O. derhalve, dat het dus hier geen geschil betreft over eigendom of daaruit voortspruitende regten, noch over schuldvordering en andere burgerlijke regten, en bij het beklaagde arr. teregt aangenomen is, dat eene daaromtrent in de voorgeschreven vormen door de hiertoe aangewezen administratieve magt genomen beslissing door de regterlijke magt behoort te worden geëerbiedigd;

„O., dat door die uitspraak dus evenmin a. 148 Grw. als de aangehaalde a. B.-W. geschonden of verkeerd toegepast zijn, terwijl de Prov.-Staten bedoelde administratieve magt zijn volgens a. 192 Grw. en a. 137 Prov.-w., zoodat ook die a. en de a. 131 Grw. en 140 Prov.-w. ten deze noch geschonden noch verkeerd toegepast zijn;

„O., dat hieruit evenwel niet voortvloeit dat de regterlijke magt onbevoegd zou zijn om van de thans ingestelde regtsvordering kennis te nemen, daar deze niet strekt om den eischer onderhoudspligtig te doen verklaren, maar op grond van diens publiekregtelijk vaststaande onderhoudspligtigheid tot terugvordering van gelden voor dat onderhoud door het verwerend bestuur uitgegeven, als hebbende dit bestuur, luidens de dagvaarding: „daarbij de zaak en belangen van het „polderbestuur behoorlijk waargenomen, en mitsdien op grond „zoowel van het gemeene regt als op grond van het betrekkelijk „Regl. geregtigd de gemaakte kosten te verhalen;”

„O., dat die regtsvordering dus betreft eene schuldvordering als in a. 144 Grw. genoemd, en door het Hof teregt geoordeeld is als behoorende tot de kennisneming van de regterlijke magt;

»O. omtrent het *tweede middel* van cassatie, dat het genoemde a. van het Prov.-Regl. vervangen is door hetgeen voorkomt in het besluit der Prov.-Staten van 20 Nov. 1877, goedgekeurd bij Kon. besluit van 7 Jan. 1878, *St.* n° 10, doch dat ook de daar overgenomen bepaling: »dat de reeds »vastgestelde leggers van kracht blijven, doch voor zooveel »noodig worden bijgewerkt," niet, gelijk de eischer beweert, verstaan moet worden alsof daardoor elke wijziging van vroegere leggers zou uitgesloten zijn;

»O. dat onder »bijwerken" evenzeer het aanbrengen van verbeteringen en van aanvullingen verstaan moet worden, en des eischers onderhoudspligt mitsdien teregt is aangenomen krachtens en overeenkomstig den gewijzigden legger, onder vigueur van genoemd Regl. opgemaakt, waartegen de eischer, indien hij zich bezwaard mogt achten, volgens het boven overwogene slechts bij de administratieve magt kan opkomen;

»O. eindelijk, dat de zoo in dit als in het *eerste middel* aangehaalde a. Gem.-w., handelende van wegen aan de *gemeente* behoorende, hoedanige de weg thans in geschil niet blijkt te zijn, ten deze niet van toepassing noch geschonden kunnen zijn;

»Verwerpt de voorziening en veroordeelt den eischer in de kosten, daarop gevallen."

N° 1920. — Arrest van 11 December 1884.

(A. 1954 B.-W.)

Heeft de judex facti *te regt geoordeeld, dat in deze de vereischten eener exceptie van gewijsde zaak aanwezig zijn?* — JA.

Kan wijziging van beweegredenen de oorzaak selve der vordering veranderen? — NEEN.

De Proc.-G. Mr. RÖMER heeft in deze zaak de volgende conclusie genomen:

„De voorziening berust op schending of verkeerde toepassing van a. 1954 B.-W.; *vooreerst* door niet te letten op het onderscheid tusschen eene niet-ontvankelijkverklaring en ontzegging van eisch, en daardoor de kracht eener *res judicata* niet te beperken tot het onderwerp van het bij vonnis besliste, maar die uit te strekken tot het onderwerp der *dagvaarding; ten anderen*, subsidiair, door aan te nemen dat een eisch tot schadevergoeding wegens schending van *eigendomsregt* door onregtmatige daden, berust op dezelfde *oorzaak* als de eisch tot schadevergoeding wegens schending van *contractuele regten;* en *ten derden* door aan te nemen dat eene *res judicata*, betrekkelijk handelingen op 1 en 2 Mrt. 1881 gepleegd, omtrent welker onregtmatigheid niets is beslist, in den weg staat aan een eisch wegens latere handelingen van gelijken aard.

„Ofschoon de geachte raadsman van den verw, den eisch in cassatie bestreed, beweerde hij toch dat de berusting van den eischer in het eerste arr,, zijne latere vordering niet ontvankelijk maakte.

„Uit het vonnis, waarop het beklaagde arr. zich beroept, blijkt dat diezelfde bewering ook toen is geschied; de regtb. heeft haar echter ongegrond verklaard, maar op grond der dingtalen en mitsdien feitelijk, uitgemaakt, dat was voorgesteld de *exceptio rei judicatae* en hare gegrondheid onderzocht; die regtsvraag heeft uitsluitend het onderwerp van 's Hofs beslissing uitgemaakt, en is dus ook alleen aan het oordeel van den H.-R. onderworpen.

„Ik zal de vele moeijelijkheden waartoe de uitlegging van a. 1954 B.-W. aanleiding geeft, niet breedvoerig bespreken, zij zijn, met opgave der literatuur, nog aangestipt in de conclusie van Mr. Smits (Zie hierboven blz. 33). De vraag in hoeverre de beslissing omtrent de vereischten der exceptie feitelijk zijn, die ook nu bij de pleidooijen is besproken, is behandeld bij Diephuis, *Ned. B.-R.*, 1e uitg., IX, 327 en in de conclusie van Mr. Gregory, (v. d. Hon., *B.-R.* XI,

142). Bij het arr. van 13 Apr. 1849 (v. D. HON., *B.-R.* X, 377) treedt de H.-R. in eene vergelijking der vordering gedaan bij de vorige en tweede dagvaarding om het onderwerp der regterlijke beslissing bij beide geschillen te beoordeelen.

„Wat is er nu van het *middel* van cassatie? Het staat vast dat dezelfde partijen in dezelfde betrekking *in lite* zijn; maar de hoofdgrief van het *middel* is deze, dat het gezag van het geregtelijk gewijsde buiten het onderwerp van het eerste vonnis is uitgebreid. Over den zin van het 1° lid van a. 1954 kan de Raad vergelijken DIEPHUIS t. a. p., n° 366, en de conclusie van Mr. SMITS. Volgens hen moet het 1° lid van het a. worden beschouwd als de inleiding tot de wettelijke vereischten der *exceptio;* en om nu daaromtrent te beslissen moet het *dictum* in verband met de beweegredenen en met de dagvaarding worden beschouwd.

„Volgens de geheel feitelijke beslissing was ingesteld eene vordering tot schadevergoeding op grond van eene onregtmatige daad van den verw., nl. het wegvoeren en in bezit nemen van des eischers hout van de plaats waar het met vroegere vergunning was ter neder gelegd, en mitsdien de actie van a. 1401 B.-W. Die vordering is, *zooals zij was ingesteld*, niet-ontvankelijk verklaard, omdat de eischer tot staving van de onregtmatigheid der handeling zich beriep op eene contractuele regtsverhouding en deze de ingestelde actie van a. 1401 niet kan wettigen.

„Het *dictum* van het arr. was dus geen gevolg van gebrek aan middelen in de dagvaarding, zooals de geachte raadsman van den eischer beweerde, maar eene beslissing *au fond.* Vgl. de conclusie van den Adv.-G. GREGORY, (v. D. HON., *B.-R.* XI, 149); indien toch 's Hofs geheel feitelijke beslissing omtrent de strekking der dagvaarding juist was, dan was de actie wel *ontvankelijk*, maar *ongegrond.*

„Nu is echter in die uitspraak berust; zij is daardoor geworden eene *res judicata* tusschen partijen; het moet er dus

voor gehouden worden, dat bij de eerste dagvaarding de onregtmatigheid, om welke reden dan ook, was gesteld, en het staat daardoor vast, dat de vordering des eischers ter zake van onregtmatige handeling, niet-ontvankelijk is.

„Bij de tweede dagvaarding is ter zake van dezelfde handeling geheel dezelfde actie uit a. 1401 ingesteld, en het geldt dus hetzelfde onderwerp als in het vroegere geding.

„De *cardo quaestionis* ligt m. i. in de tweede grief, die *subordinaat* is gesteld: de vraag nl., of de vordering tot schadevergoeding, bij beide dagvaardingen ingesteld, berust op dezelfde *oorzaak*.

„Volgens de 18e overw. van het arr., is de handeling omtrent de wegvoering van het hout de *naaste oorzaak* en worden slechts andere *gronden* tot hare staving bijgebragt.

„Ik zou meenen, dat die beslissing eerder *feitelijk* dan *regtskundig* is; maar in ieder geval is zij m. i. juist.

„De leer omtrent de *causa proxima* en *remota* en omtrent den *grond* der regtsvordering, de *movens*, is besproken in de conclusie van Mr. Gregory met beroep op de L. 27 Dig. *de except. rei judic.* (v. d. Hon., *ll.*, 645); zij is behandeld bij Dalloz, voce *Chose jugée* n° 211 en aan eene scherpe kritiek onderworpen bij Laurent, *Droit civil*, XX.

„Nu moet m. i. niet uit het oog worden verloren, dat *in casu* de *origo petitionis* niet is eene *obligatie*, maar eene *daad*, waaromtrent wordt beweerd dat zij is *onregtmatig* en dat mitsdien de gedaagde door gebruik te maken van zijn regt, inbreuk heeft gemaakt op het regt van den eischer. De actie tot schadevergoeding berustte dus in beide gevallen op dezelfde handeling en de nieuwe grond voor hare onregtmatigheid aangevoerd is geen nieuwe oorzaak, welke de kracht der vroegere *res judicata* uitsluit.

„Maar wat hiervan ook zijn moge, zoo mist de grief m. i. haren feitelijken grond, omdat bij de eerste dagvaarding geene schending van contractuele regten was geposeerd en bij

het arr. de schennis van eigendomsregt niet is beschouwd als de *causa petitionis*, maar even als bij de eerste actie, het *factum illicitum*.

„Ik houd dus ook de tweede grief voor onaannemelijk.

„Wat eindelijk het derde onderdeel van het *middel* betreft, zoo overweegt het Hof in de 21e cons., dat niet wordt beweerd dat de handelingen op 3, 9 en 11 Mrt. van anderen aard waren dan die op 1 en 2 Mrt. gepleegd, en evenmin op eene andere partij hout betrekking hebben dan op die welke lag voor de scheepstimmerwerf van den app.; dat die *datums* dus voor de beoordeeling of het dezelfde zaak geldt, niets afdoen. Die beslissing is m. i. juist; er is eene voortgezette handeling. Vgl. Diephuis t. a. p. no 375.

„En wat nu het beroep betreft op het arr. van 13 Junij jl. (zie boven bladz. 22 en volg.) moet ik doen opmerken, dat, daargelaten de vraag of eene gevorderde schadevergoeding voor *overligdagen* gelijk kan worden gesteld met eene vordering tot schadevergoeding wegens eene voortgezette onregtmatige daad betrekkelijk dezelfde zaak, niet uit het oog moet worden verloren, dat de H.-R. bij dat arr. oordeelde in appèl en dus als *judex facti*, terwijl hij in deze zaak aan de beslissingen van den *judex facti* is gebonden.

„De ingestelde voorziening is m. i. ongegrond, en ik heb de eer te concluderen tot verwerping, met veroordeeling van den eischer in de kosten, in cassatie gevallen."

ARREST. — De H.-R. d. Ned. — Op het beroep van, enz;

„O. dat als *eenig middel* van cassatie is voorgesteld: schending en verkeerde toepassing van a. 1954 B.-W., door:

aa. niet lettende op het verschil tusschen eene niet-ontvankelijkverklaring en eene ontzegging van een eisch, — de kracht van een ingeroepen gewijsde van niet-ontvankelijkverklaring niet te beperken tot het *onderwerp van het vonnis*, dat is hetgeen bij dat gewijsde *door den regter is beslist*, maar *revera* uit te strekken tot het *onderwerp der dagvaarding*,

waarbij het geding, hetwelk door het arr. van niet-onvankelijkverklaring is beëindigd, aanhangig is gemaakt;

"b. subsidiair, voor het geval de H.-R. mogt aannemen, dat de kracht van het ingeroepen gewijsde van niet-ontvankelijkverklaring zich uitstrekt tot het onderwerp van den bij dat gewijsde niet-ontvankelijk verklaarden eisch, — aan te nemen, dat een eisch tot schadevergoeding wegens *schending van eigendomsregt* door onregtmatige daden *op dezelfde oorzaak* berust als een eisch tot schadevergoeding wegens *schending van contractuele regten* door dezelfde onregtmatige daden; en

"c. bijaldien de H.-R. de als onregtmatig gequalificeerde daden zelve en niet het daardoor volgens de *middelen* van den eisch geschonden *regt* als de in a. 1954 B.-W. bedoelde *oorzaak* mogt beschouwen, — aan te nemen, dat een gewijsde ter zake van daden op 1 en 2 Mrt. 1881, over welker regtmatigheid of onregtmatigheid niets is beslist, in den weg staat aan een eisch tot schadevergoeding wegens *andere latere* handelingen van gelijken aard;

"O., dat door de regtb. bij het door het bestreden arr. bevestigde vonnis feitelijk is uitgemaakt, dat hier door den toenmaligen gedaagde, nu verw. in cassatie, was voorgesteld eene exceptie van gewijsde zaak, welke beslissing in hooger beroep niet is bestreden en dus in cassatie vaststaat;

"O., dat evenzeer feitelijk vaststaat, dat dezelfde partijen in dezelfde betrekkingen in de tweede zaak zijn opgetreden, welke in het eerste geding *in lite* waren, en dat beide vorderingen ten onderwerp hadden vergoeding van schade door den eischer in cassatie geleden ten gevolge van door den verw. gepleegde beweerde onregtmatige handelingen ten aanzien van aan den app., nu eischer in cassatie, toebehoorend hout;

"O., dat ook de oorzaak, waarop de tweede eisch berustte, dezelfde was als die, welke den grondslag van de eerste vordering uitmaakte, vermits in beide gevorderd wordt schadevergoeding ter zake van eene onregtmatige handeling, gepleegd

ten aanzien van eenig hout, dat aan den eischer toebehoorde;

"O., dat de eischer zich in de eerste vordering wel beroept op eene uit overeenkomst ontstaande verhouding, om de onregtmatigheid van de daad aan te toonen, terwijl hij bij de tweede vordering zich, tot staving van die onregtmatigheid, beroept op zijn regt van eigendom op het hout, doch dat die wijziging van beweegredenen de oorzaak zelve der vordering niet verandert, welke in de tweede vordering dezelfde was, als in de eerste, namelijk de onregtmatigheid van eene daad die schade heeft veroorzaakt, op grond waarvan aan hem die schade geleden heeft, bij a. 1401 B.-W. eene vordering tot vergoeding dier schade wordt toegekend, zoodat de eischer zelfs beide gronden te gelijk voor het bestaan der onregtmatigheid zoude hebben kunnen aanvoeren;

"O., dat die gelijkheid van oorzaak niet wordt weggenomen door de omstandigheid, dat de eischer bij de beslissing op de eerste vordering alleen is verklaard niet-ontvankelijk, omdat die beslissing was eene beslissing *au fond*, gelijkstaande met eene ongegrondverklaring der vordering, en dat, nu in die beslissing door partijen is berust, ook tusschen partijen vaststaat, dat de vordering tot schadevergoeding wegens de beweerde onregtmatige handeling was niet-ontvankelijk en dus wegens dezelfde handelingen niet meer kon worden ingesteld;

"O., dat ook het verschil in de dagen, waarop de beweerde onregtmatige handeling zoude zijn gepleegd, geen verschil tusschen de beide vorderingen teweegbrengt, vermits bij het bestreden arr. feitelijk is uitgemaakt, dat de handelingen, op 3, 9 en 11 Mrt. gepleegd, niet van anderen aard waren, dan die, op 1 en 2 Mrt. voorgevallen, en op dezelfde partij hout betrekking hadden, en dus bij beide dagvaardingen dezelfde zaak werd gevorderd;

"O., dat mitsdien teregt is beslist, dat al de vereischten om het gezag van een regterlijk gewijsde in te roepen aanwezig waren, en het *middel* derhalve is ongegrond:

„Verwerpt de voorziening;

„Veroordeelt den eischer in de kosten, in cassatie gevallen."

N° 1921. — Arrest van 12 December 1884.

(A. 1861 B.-W. in verband met a. 2, 3, 4, 5 K.; a. 1363 B.-W. a. 14 A.-B ; a. 1902 B.-W.

Moet, waar in 's regters uitspraak een contract van borgstelling dus wordt uitgelegd, dat de bewoordingen er van niet anders beteekenen dan borgzegging voor schulden in rekening-courant door den gefailleerde ter zake van zijn handel aangegaan, en het geen twijfel lijdt, of de door de borgen gewraakte handelingen van den gefailleerde, zijn door dezen als koopman ten behoeve van zijn handel verrigt, die uitspraak in cassatie worden geëerbiedigd? — Ja.

Geldt a. 1363 B.-W. zoowel voor den borg als voor den hoofdschuldenaar? — Ja.

Was in casu *sprake van overeenkomsten, door welke aan de wetten, die op de goede zeden betrekking hebben, hare kracht wordt ontnomen en die alzoo voor geene latere bekrachtiging vatbaar zouden zijn?* — Neen.

Is de bewering, dat de onderteekening van zeker saldo-biljet door vreesaanjaging is afgeperst, met de feitelijke beslissing in strijd? — Ja.

1° P. A. R., landbouwer, en C. B. R., warmoezenier, beiden wonende te Lent; 2° J. D., wed. N. R., zonder beroep, wonende te Westervoort en N. W. B. R., warmoezenier, wonende te Lent, allen vertegenwoordigd door Mr. J. J. Bergsma, advocaat bij den H.-R., zijn req^{s} van cassatie tegen een arr. van het Geregtshof te Arnhem, gewezen tusschen de req^{n}, als app^{n}, en de mede-verw^{s} in cassatie, als mede-app^{s}, van het bij dat arr. in zijn geheel bevestigde vonnis der arr.-regtb. te Arnhem, van 12 Apr. 1883, mede tusschen partijen gewezen, doch alleen voor zoover bij het genoemde arr. is bevestigd de uitspraak der regtb. dat de req^{n}, de borgen hebben te betalen aan den nu verw. H. P. v. A., en wel

P. A. R. c. s. solidair een bedrag van *ƒ* 10.000 met de renten ad 6 pCt. sedert 27 Mei 1882; en J. D. c. s. solidair een bedrag van *ƒ* 20.000, met de renten ad 6 pCt. sedert 27 Mei 1882, met hunne veroordeeling in een deel der kosten van de gevoerde procedures.

Bij dagvaarding voor den H.-R. hebben de eischers den verw. en mede-verw. in cassatie de volgende *middelen* van cassatie doen aanzeggen:

„1° schending en verkeerde toepassing van a. 1861 B.-W. in verband met de a. 2, 3, 4 en 5 B.-R., door, waar de eischers zich hebben borg gesteld alleen voor wisseltrekkingen, handelsoperatiën, rente, commissie, en al wat verder daartoe behoort, hen in hun hoedanigheid van borgen aansprakelijk te stellen voor het nadeelig saldo van den gefailleerde TH. B. R., ofschoon *in factis* vaststaat dat dat nadeelig saldo niet voortvloeit uit wisseltrekkingen, handelsoperatiën enz., maar voor een groot deel, zoo niet voor het geheel, uit allerlei poenaliteiten en gefingeerde geldfournissementen, uitvloeisel van zuiveren willekeur van den kant van den verw. v. A. en die niet in het minste verband stonden met den handel van den gefailleerde;

„2° schending en verkeerde toepassing *a.*) van de a. 1357, 1360 en 1356; *b.*) van de a. 1371, 1372 en 1373, allen B.-W., en allen in verband met de a. 1861 B.-W. en de a. 2, 3, 4 en 5 K., *a.* door ofschoon de regter *a quo* het plegen van geweld door den verw. v. A. tegenover den gefailleerden TH. B. R. buiten twijfel stelt, toch aan te nemen, dat eenmaal nietige overeenkomsten later van kracht worden door de onderteekening van een saldo-billet, niet alleen wat betreft den hoofd-schuldenaar, maar ook wat betreft de borgen, die zich uitsluitend voor de handelsoperatiën van den hoofdschuldenaar hadden verbonden;

„*b.* door ofschoon aan te nemen overeenkomsten, uitvloeisel van handelingen van den verw. v. A., *adversus bonos mores*,

dus zonder geoorloofde oorzaak, toch herstel daarvan te zoeken in latere goedkeuring van een saldo-billet, niet alleen ten nadeele van den hoofdschuldenaar, maar ook ten nadeele van de borgen, die zich hebben verbonden uitsluitend voor de handelsoperatiën van den hoofdschuldenaar;

„3° schending en verkeerde toepassing van a. 1902 B.-W., door ten behoeve van den schuldeischer aan te nemen een door den schuldenaar geteekend saldo-billet, niettegenstaande uit de productiën van dien schuldeischer, den verw. v. A. zelven, blijkt, dat het saldo, waarvoor het billet is geteekend, — onderteekening op nieuw afgeperst door vreesaanjaging, — is geweest *zuivere fictie;*

„Strekkende de dagvaarding wijders: „om te hooren conclu„deren dat de H.-R., met geheele of gedeeltelijke vernietiging „van het arr. *a quo* en het daarbij bevestigde vonnis, den „verw. v. A. alsnog zal ontzeggen zijne vorderingen zooals hij „die heeft ingesteld tegen den eischer sub 1° en 2°; subsidiair, „partijen zal verwijzen daar, waar zij behooren, alles met „veroordeeling van den verw. sub 1° v. A. in de kosten van „cassatie en in de kosten van eersten aanleg en hooger „beroep, voor zooverre deze niet gedragen worden door of „gebragt worden ten laste van de mede-verw^s."

Voor den verw. H. P. v. A., vertegenwoordigd door Mr. Vlielander Hein, advocaat bij den H.-R. der Ned., is de volgende conclusie genomen:

„A. feitelijk vaststaat, dat de eischers borg hebben gesproken: „voor al hetgeen R. in rekening-courant ter zake van wisseltrekkingen, handelsoperatiën, rente, commissie, en al wat verder daartoe behoort, aan den verw. mogt blijken schuldig te zijn" (zie overw. 24 van het bevestigde vonnis *in jure*);

„A. wat betreft de bedoeling dezer verborging, de *judex facti* beslist, dat zij is: „borgzegging voor de schulden in rekening-courant ter zake van zijnen handel door R. aangegaan,

en het geen twijfel lijdt of de door de borgen gewraakte handelingen van R. zijn door dezen als koopman ten behoeve van zijnen handel verigt" (Zie Vonnis, overw. 26); terwijl te voren (zie Vonnis, overw. 6) ook reeds was uitgemaakt, dat al de gewraakte handelingen neerkwamen op geld- of crediet-verschaffing;

„A. derhalve van een onderstelden of buiten zijn grenzen uitgebreiden borgtogt geen sprake is en het *eerste middel* dus is onaannemelijk;

„A. wat betreft het *tweede middel* in zijn eerste onderdeel, de verw. hier aan hare plaats zal laten de vraag, in hoeverre inderdaad het aanwenden van geweld op den geldopnemer R. is gesteld buiten twijfel; doch er op wijst dat dezelfde regter, die van oordeel was dat het beweerde geweld voor een deel was bewezen, beslist, dat dit bewijs echter niet vermogt te baten, omdat de aangevallen overeenkomsten later, nadat het geweld had opgehouden, herhaaldelijk waren goedgekeurd (Zie Vonnis overw. 13 en 16);

„A. derhalve dat eerste *onderdeel* is onaannemelijk;

„A. wat betreft het *tweede onderdeel*, het zóó weinig juist is wat daarbij als feitelijk vaststaand wordt vooropgezet, dat namelijk de aangevallen overeenkomsten zouden hebben een ongeoorloofde oorzaak, dat integendeel de regter (zie Vonnis overw. 6) beslist, dat de bewering van *causa illicita* volstrekt moet worden verworpen;

„A. overigens *dat onderdeel* niets anders zegt dan het *eerste onderdeel*, tenzij het onderscheid hier zij gelegen in de voorstelling alsof het karakter der handelingen ware geoordeeld te zijn in strijd met de goede zeden;

„A. echter het arr., tegen hetwelk de eischer opkomt, de uitdrukking in het vonnis, die door den eischer hier wordt aangevat, zóó duidelijk in het licht heeft gesteld, dat de daarmede strijdige voorstelling van het *middel* van cassatie, mogt zij nog zoo zedelijk wezen, toch geen ingang kan vinden bij den regter in cassatie;

„A. het derhalve bij dit onderdeel den eischer minder om een cassatie-, dan wel om een pleitmiddel schijnt te doen en het verder debat daarover, zoo noodig, dus kan aangehouden tot de mondelinge behandeling;

„A. voorts wat bij het eene zoowel als bij het andere onderdeel wordt gezegd van de borgen, slechts is eene herhaling van het *eerste middel*, terwijl, wat gezegd wordt van een saldo-billet zijn oplossing waarschijnlijk zal moeten vinden bij het *derde middel;*

„A. wat dat *derde middel* betreft, al ware ook zijn feitelijke voorstelling juist, de verw. niet kan inzien hoe a. 1902 ware geschonden;

„A. echter, waar de eischer dat *middel* steunt op de bewering dat de onderteekening der saldo-billetten zou zijn afgeperst door vreesaanjaging, de verw. zich beroept op het vonnis, dat teregt de bewijskracht van een saldo-billet in beginsel aanneemt (Zie overw. 1), — maar, en even teregt, tegenbewijs toelaat (overw. 3) — op het vonnis, dat op dien grond heeft toegelaten het bewijs van alle drie, hoewel moeijelijk met elkander te rijmen defensiën: dwaling bij —, geweld tegen — en bedrog van R., den debiteur, doch die defensiën heeft afgewezen, en dat speciaal in zijn 14e en 15e overw. het ongerijmde van het voortdurend geweld, dat bij dat *middel* wordt gepleit, betoogt en er op wijst hoe de debiteur, die onder dat voortdurend geweld wordt voorgesteld, kennelijk zelfs met een onwaren staat van zijn boedel zijn bankier overhaalde tot verdere credietverleening, onverschillig (gelijk bij insoliede geldopnemers niet ongewoon) hoeveel hem zulks ook moest kosten;

„Zoo wordt voor den verw. geconcludeerd tot verwerping van het beroep; kosten regtens."

Voor de mede-verwe Mr. I. A. E. B.H.Zn. en J. L. M. quâ curators in het faillissement van T. B. R., vertegenwoordigd door Jhr. Mr. E. N. de Brauw, advocaat bij den H.-R., werd geconcludeerd als volgt:

„A. deze verw^e in cassatie alleen daarom mede-gedagvaard zijn omdat zij te gelijkertijd met de eischers in cassatie, bij een zelfde arr., ten behoeve van den mede-verw. in het ongelijk zijn gesteld;

„A. zij hunnerzijds berust hebben in het beklaagde arr.;

„A. zij derhalve bij deze cassatie procedure volstrekt geen belang hebben;

„A. zij zich dan ook zuiver en onvoorwaardelijk refereren aan het oordeel van den H.-R.;

„Zoo verzoekt Jhr. Mr. E. N. de Brauw, qq., akte van zijne verklaring dat hij zich zuiver en onvoorwaardelijk aan 's H.-R's oordeel gedraagt;

„en concludeert hij dat bij arr. van den H.-R. de in het ongelijk te stellen partij worden veroordeeld ook in de kosten aan de zijde van deze verw^e op dit beroep in cassatie te vallen."

Namens den Proc.-G. heeft de Adv.-G. van Maanen in deze de volgende conclusie genomen:

„Het *eerste middel* van cassatie luidt: schending en verkeerde toepassing van a. 1861 B.-W., in verband met a. 2, 3, 4 en 5 K. door, waar de eischers zich hebben borg gesteld alleen voor wisseltrekkingen, handelsoperatiën, rente, commissie, en al wat verder daartoe behoort, hen in hunne hoedanigheid van borgen aansprakelijk te stellen voor het nadeelig saldo van den gefailleerden Th. B. R., ofschoon *in factis* vaststaat, dat dat nadeelig saldo niet voortvloeit uit wisseltrekkingen, handelsoperatiën enz., maar voor een groot deel, zoo niet voor het geheel, uit allerlei poenaliteiten en gefingeerde geldfournissementen, uitvloeisel van zuiveren willekeur van den kant van den verw. v. A., en die niet in het minste verband stonden met den handel van den gefailleerde.

„De eischers in cassatie beweren, dat er geen rekening is gehouden met den aard van de overeenkomst van borgtogt, welke blijkens a. 1861 B.-W. van *beperkten aard* is en niet

voor milde uitlegging vatbaar is. Zij hebben alleen handelsoperatiën gewaarborgd, maar niets gegarandeerd wat daarbuiten valt, alzoo niet de sommen waarvoor R. telkens quitantiën teekende, om uitstel van betaling te verkrijgen, of eene credietopzegging te voorkomen; dat waren geen daden van koophandel, maar van civiel-regtelijken aard, waarvoor zij geen borg hadden gesproken.

„Het is volkomen juist, dat de eischers volgens de 27e overw. *in jure* van het vonnis, hebben borg gesproken voor al hetgeen R. in rekening-courant ter zake van wisseltrekkingen, handelsoperatiën, rente, commissie en al wat verder daartoe behoort, den eischer mogt blijken schuldig te zijn, maar het is juist de vraag, of het afgeven van genoemde quitantiën daarbuiten viel.

„Ontwijfelbaar is het hard voor borgen wanneer zij ten gevolge van de door hen aangegane overeenkomst, ook aansprakelijk worden gesteld voor handelingen als hier door R. en zijn kassier zijn begaan, maar dit neemt niet weg, dat m. o. door den *judex facti* teregt is beslist, dat R. zich, zij het dan ook met woekerwinst, crediet heeft verschaft ter zake van zijn handel. (Overw. 7 en 8 *in jure*).

„De borgen hebben zich verbonden voor eene schuld, die in rekening-courant zal blijken verschuldigd te zijn, en daaruit volgt, dat de jaarlijksche afrekening van den persoon voor wien zij borg spraken met den schuldeischer, en de afsluiting der rekening-courant, ook voor hen bindend is en daarop niet kan worden teruggekomen.

„Dan hoe dit zij, men staat hier voor eene beslissing van den *judex facti*, die in cassatie moet worden geëerbiedigd.

„In de 29e cons. van het vonnis toch wordt het *contract* van borgstelling aldus *uitgelegd:* „dat de bewoordingen er van niet anders beteekenen dan borgzegging voor schulden in rekening-courant ter zake van zijn handel door R. aangegaan en dat het geen twijfel lijdt of de door de borgen gewraakte

handelingen van R. zijn door dezen als koopman ten behoeve van zijn handel verrigt."

„Op die feitelijke beslissing moet het *eerste cassatie-middel* afstuiten.

„Het *tweede middel* heet: schending en verkeerde toepassing *a* van de a. 1357, 1360 en 1356; *b* van de a. 1371, 1372 en 1373 B.-W., allen in verband met de a. 1861 B.-W. en 2—5 K., 1° door, ofschoon de regter *a quo* het plegen van geweld door den verw. v. A. tegenover den gefailleerde R. buiten twijfel stelt, toch aan te nemen, dat eenmaal nietige overeenkomsten later van kracht worden door de onderteekening van een saldo-billet, niet alleen wat betreft den hoofdschuldenaar, maar ook wat betreft de borgen, die zich uitsluitend voor de handelsoperatiën van den hoofdschuldenaar hadden verbonden;

„2° door, ofschoon aan te nemen overeenkomsten, uitvloeisel van handelingen door den verw. v. A. *adversus bonos mores*, dus zonder geoorloofde oorzaak, toch herstel daarvan te zoeken in latere goedkeuring van een saldo-billet, niet alleen ten nadeele van den hoofdschuldenaar, maar ook ten nadeele van de borgen, die zich hebben verbonden uitsluitend voor de handelsoperatiën van den hoofdschuldenaar.

„Dit *middel* werd aldus toegelicht: dat de toestemming niet van waarde is, zoo die door geweld is afgeperst, wat blijkens de 17° overw. door den *judex facti* is aangenomen; er was dus eene onbestaanbare overeenkomst, waarvoor zoo min de failliet als de borgen aansprakelijk waren, welke laatste althans door de bij het vonnis aangenomen goedmaking dier nietige overeenkomsten nooit konden worden getroffen.

„De regter beslist ten aanzien van het geweld, dat bewezen is, dat sommige schulderkenningen door R., afgegeven voor hem opgelegde boeten, door geweld zijn verkregen (overw. 15 en 16), maar tevens (overw. 17—19) dat hij de aangegane overeenkomsten herhaaldelijk heeft bevestigd, telkens

nadat het geweld had opgehouden (overw. 2 van het Hof).

„A. 1363 B.-W. nu bepaalt uitdrukkelijk, dat men tegen eene overeenkomst uithoofde van geweld niet meer kan opkomen, indien na het ophouden van het geweld die overeenkomst is goedgekeurd.

„Nu vaststaat, dat de borgen ook voor de op deze wijze gemaakte schulden van R. zijn verbonden, doet het aanvankelijk nietige der overeenkomst hen na de ratihabitie er van, in gelijke mate aansprakelijk zijn als de hoofdschuldenaar.

„Wat het tweede gedeelte van het *middel* betreft, zouden, nu de regter had aangenomen, dat de handelingen van A. waren *contra bonos mores*, de overeenkomsten door dezen moeten zijn beschouwd zonder geoorloofde oorzaak te zijn geweest en gebleven, tegenover de borgen.

„Ook voor deze bewering geldt de zooeven gemaakte opmerking, dat de borgen even verantwoordelijk zijn als de hoofdschuldenaar.

„Voorts zij nopens dit beweren opgemerkt, dat het vonnis den dwang (overw. 14) *adversus bonos mores* verklaart, maar daaruit volgt niet, dat er geen *geoorloofde oorzaak* zou zijn, welke volgens de 7e overw. was om zich uitstel van betaling of geld te verschaffen, hetgeen geene *illicita causa* is.

„De mede in appel geopperde grief: dat de vordering gebouwd op verbindtenissen, door den regter geoordeeld te zijn in strijd met de goede zeden, krachtens a. 14 A.-B. niet kon worden toegewezen, wordt door het Hof in de 4e overw. met volkomen juistheid aldus opgelost, dat met die uitdrukking door den regter is bedoeld het uit een algemeen zedelijk oogpunt onbehoorlijke van den op R. uitgeoefenden dwang en dat er hier dus geen sprake is van overeenkomsten door welke aan de wetten, die op de goede zeden betrekking hebben, hare kracht wordt ontnomen en die alzoo voor geen latere bekrachtiging vatbaar zouden zijn.

„Ook het *tweede middel* komt mij onaannemelijk voor en

evenzeer het *derde*, hetwelk aldus geformuleerd is: schending en verkeerde toepassing van a. 1902 B.-W., door ten behoeve van den schuldeischer, aan te nemen een door den schuldenaar geteekend saldo-billet, niettegenstaande uit de productiën van dien schuldeischer den verw. v. A. zelven, blijkt, dat het saldo waarvoor het billet is geteekend — onderteekening op nieuw afgeperst door vreesaanjaging — is geweest zuivere fictie.

„Tot toelichting van dit *middel* is gepleit, dat volgens de 3e en volgende overwn van het vonnis het saldo-billet bewijs levert, maar tegenbewijs vrijstaat, hetwelk niet is geleverd, doch dat over het hoofd is gezien dat het bewijs krachteloos is gemaakt door productie I van den verw. zelven, waaruit blijkt, dat het saldo-billet zuiver fictief is.

„Wanneer dit de strekking is van het *middel*, kan het zeker in cassatie niet opgaan, waar geen onderzoek van de met de dagvaarding beteekende rekening-courant kan plaats hebben.

„Voorts is de feitelijke voorstelling onjuist, want noch uit het vonnis, noch uit het arr. blijkt, dat de onderteekening van het saldo-billet door vreesaanjaging is afgeperst; juist het tegendeel is beslist. (Overw. 16—19). Zeker mist a. 1902 B.-W. rakende den *onus probandi* hier alle toepassing.

„Ik heb de eer te concluderen tot verwerping van de ingestelde voorziening, met veroordeeling van de reqn in de kosten."

ARREST. — De H.-R. d. N. — Op het beroep van, enz.;

„O., dat als *eerste middel* van cassatie is voorgesteld: schending en verkeerde toepassing van a. 1861 B.-W., in verband met de a. 2, 3, 4 en 5 K., door, waar de eischers zich hebben borg gesteld alleen voor wisseltrekkingen, handelsoperatiën, rente, commissie en al wat verder daartoe behoort, hen in hunne hoedanigheid van borgen aansprakelijk te stellen voor het nadeelig saldo van den gefailleerde Th. B. R., ofschoon *in facto* vaststaat dat dit nadeelig saldo niet voortvloeit uit wisseltrekkingen, handelsoperatiën enz., maar voor

een groot deel, zoo niet voor het geheel, uit allerlei poenaliteiten en gefingeerde geldfournissementen, uitvloeisel van zuivere willekeur van den kant van den verw. v. A., en die niet in het minste verband stonden met den handel van den gefailleerde;

„O., dat dit *middel* afstuit op de feitelijke overweging in het bij het bestreden arr. bevestigde vonnis: „dat de woorden der borgstellingen niet anders beteekenen dan borgzegging voor schulden in rekening-courant ter zake van zijnen handel door R. aangegaan en het geen twijfel lijdt of de door de borgen gewraakte handelingen van R. zijn door dezen als koopman ten behoeve van zijnen handel verrigt;"

„O., dat als *tweede cassatie-middel* is aangevoerd: schending en verkeerde toepassing *a.* van de a. 1357, 1360 en 1356, *b.* van de a. 1371, 1372 en 1373, alle B.-W. en alle in verband met a. 1861 B.-W. en de a. 2, 3, 4 en 5 K., 1° door, ofschoon de regter *a quo* het plegen van geweld door den verw. v. A. tegenover den gefailleerde TH. B. R. buiten twijfel stelt, toch aan te nemen dat eenmaal nietige overeenkomsten later van kracht worden door de onderteekening van een saldo-biljet, niet alleen wat betreft den hoofdschuldenaar, maar ook wat betreft de borgen, die zich uitsluitend voor de handelsoperatiën van den hoofdschuldenaar hadden verbonden; 2° door, ofschoon aan te nemen overeenkomsten, uitvloeisel van handelingen van den verw. v. A. *adversus bonos mores*, dus zonder geoorloofde oorzaak, toch herstel daarvan te zoeken in latere goedkeuring van een saldo-biljet, niet alleen ten nadeele van den hoofdschuldenaar, maar ook ten nadeele van de borgen, die zich hebben verbonden uitsluitend voor de handelsoperatiën van den hoofdschuldenaar;

„O. ten aanzien van het eerste onderdeel van dit *middel*, dat blijkens het vonnis des eersten regters de daarin vermelde handelingen van den gefailleerde R. door dezen zijn gepleegd, „nadat het geweld had opgehouden, hetwelk eindigde zoo

dikwijls de plotselinge opzegging van crediet werd ingetrokken en dus het dadelijk dreigend gevaar verviel; dat daarbij herhaaldelijk de door geweld afgeperste schuldbekentenissen zijn bevestigd, en dat alzoo die uit dwang gesloten overeenkomsten vrijwillig door R. zijn goedgekeurd;"

„O, dat volgens a. 1363 B.-W. men niet meer kan opkomen tegen eene overeenkomst uithoofde van geweld, indien na het ophouden van het geweld die overeenkomst is goedgekeurd, en dat deze bepaling evenzeer geldt voor den borg als voor den hoofdschuldenaar;

„O. met opzigt tot het tweede onderdeel van dit *middel*, dat de bewering, als zouden de door den gefailleerde R. met den verw. v. A. aangegane overeenkomsten zonder oorzaak zijn geweest, in strijd is met de beslissing in het vonnis: „dat R. de overeenkomsten gesloten heeft, hetzij om uitstel van betaling te verkrijgen, hetzij om zich geld te verschaffen, zij het ook tegen woekerrente; dat het alzoo niet aangaat te beweren, dat er in het geheel geen oorzaak zou zijn, en dat de werkelijk bestaande oorzaak, hoewel niet in de schulderkenningen uitgedrukt, niet geacht kan worden eene in den zin der wet ongeoorloofde te zijn;"

„O. wat aangaat de bewering, dat de overeenkomsten het uitvloeisel zouden zijn van handelingen van den verw. v. A. *contra bonos mores*, welke niet door latere goedkeuring zouden kunnen worden bekrachtigd, dat daaromtrent in het bestreden arr. wordt overwogen: „dat met de uitdrukking *contra bonos mores* door den eersten regter klaarblijkelijk is bedoeld het uit een algemeen zedelijk oogpunt onbehoorlijke van den door geïnt. op R. uitgeoefenden dwang, maar geenszins dat *in casu* sprake is van handelingen of overeenkomsten door welke, naar a. 14 A.-B., aan de wetten die op de publieke orde en goede zeden betrekking hebben, hare kracht wordt ontnomen, en welke bijgevolg voor geen latere bekrachtiging vatbaar zouden zijn;

„O., dat blijkens deze in het bestreden arr. teregt gegeven uitlegging van de woorden des eersten regters de oorzaak der bedoelde schulderkenningen geenszins met de goede zeden of de openbare orde strijdig was;

„O., dat alzoo het *tweede middel* in zijn beide onderdeelen is ongegrond;

„O., dat als *derde middel* van cassatie is voorgesteld: schending en verkeerde toepassing van a. 1902 B.-W., door, ten behoeve van den schuldeischer, aan te nemen een door den schuldenaar geteekend saldo-biljet, niettegenstaande uit de productie van dien schuldeischer, den verw. v. A. zelven, blijkt dat het saldo waarvoor het biljet is geteekend — onderteekening op nieuw afgeperst door vreesaanjaging — is geweest zuivere fictie;

„O. dat dit *middel* zijn feitelijken grondslag mist, daar noch uit het bestreden arr., noch uit het daarbij bevestigde vonnis blijkt, dat de onderteekening van het saldo-biljet door vreesaanjaging is afgeperst, terwijl daarentegen juist het tegendeel is beslist;

„O., dat derhalve ook dit *middel* niet kan opgaan;

„Verwerpt het beroep en veroordeelt de eischers in de kosten daarop gevallen."

N° 1922. — Arrest van 18 December 1884.

(A. 1282, 1283, 1284, 1493, 1549 en 1902 B.-W., a. 56 en 612 B.-R.)

Kan, waar in de wet de criteria voor winstderving niet worden aangetroffen, het aannemen van zekere factoren voor die berekening wetschennis opleveren? — NEEN.

Rustte, waar de eischer in cassatie vergoeding der winstderving op een anderen grondslag, dan het Hof aannam, vorderde, ook op hem de last om te bewijzen, dat hij de winst, die hij had meenen te behalen, heeft gemist? — JA.

De firma S. B. & Zn., te Stad Almelo, heeft zich in cassatie voorzien tegen een tusschen partijen gewezen arr. van het Geregtshof te Arnhem dd. 30 Jan. 1884, en vertegenwoordigd ten deze door Mr. B. M. Vlielander Hein, advocaat bij den H.-R. der Ned., bij dagvaarding, den verw. in cassatie doen aanzeggen, ten einde:

„A. feitelijk vaststaat, dat bij gewijsde, op vordering des eischers, is ontbonden de tusschen partijen gesloten overeenkomst van koop en verkoop van tien wagons aardappelen tegen den prijs van *f* 405 de wagon, franco station Zwolle, en zulks wegens weigering van ontvangst, en betaling door den kooper, en met veroordeeling van dezen tot vergoeding van alle kosten, schaden en interessen door den verkooper geleden of nog te lijden tengevolge der niet-nakoming van koopers verbindtenis, nader te vereffenen bij staat;

„A. het arr. uit den schadestaat heeft uitgeworpen een post van *f* 665.50, door den verkooper gevorderd en uitmakende het verschil tusschen den door partijen bij de ontbonden overeenkomst bedongen koopprijs van *f* 4050, en het lager bedrag door den verkooper zelven voor de aardappelen als inkoopsprijs en vracht betaald;

„A. de verwerping van dien post voorts de grond is geweest der verwerping van verkoopers incidenteel appel, van de gewijzigde vaststelling van den rentepost en van de vernietiging der compensatoire kosten-condemnatie en eischers veroordeeling in de kosten der beide instantiën;

„A. alsnu gezegde schadepost is verworpen op de overweging, dat de som door den verkooper eener handelswaar voor inkoop en vracht van deze besteed, voor den kooper dier waar naar regten is eene onverschillige zaak, die hem geen voordeel of nadeel kan opleveren en *dus* niet een der factoren *kan* zijn ter berekening der winstderving die de kooper wegens niet-nakoming heeft te praesteren;

„A. voorts is beslist dat met de wettelijke bepalingen en

hare naar het arr. ontwijfelbare bedoeling alleen overeenkomt de vergoeding aan den verkooper van het verschil tusschen den bedongen koopprijs en de lagere waarde der aan den verkooper blijvende koopwaar tijdens de wanpraestatie des koopers en dat, vermits de verkooper geen bewijs had aangeboden van die lagere waarde van het verkochte tijdens de levering en de wanpraestatie, de geheele schadepost behoort te worden ontzegd;

„A. echter bij 's Hofs beschouwing, dat de door den verkooper bestede inkoopsprijs den kooper eene onverschillige zaak zou zijn en die hem kooper geen voordeel of nadeel kan aanbrengen, wordt voorbijgezien, dat het regtens en wel voor de uitdrukkelijke bepaling van a. 1282 B.-W. bij schadevergoeding wegens wanprestatie, de vraag niet is wat de debiteur voor- of nadeel zou aanbrengen, maar de wet de zaak, en teregt, beschouwt aan de zijde van den crediteur en vergoeding wil van het verlies dat *hij* leed en van de winst die *hij* derfde;

„A. derhalve regtens onjuist is de stelling van het Hof, dat de justificatoire grond door den eischer voor zijn schadepost aangevoerd, dat namelijk die post het verschil uitmaakte tusschen zijn inkoopsprijs en den contractprijs, door de wet zou zijn uitgesloten;

„A. die uitsluiting ook niet wordt goedgemaakt door 's Hofs bewering dat dergelijke justificatie in andere gevallen dan het onderwerpelijke niet zou toepasselijk zijn, daar de wet nergens voorschrijft, dat alle schade en winstderving op dezelfde wijze moet worden gejustificeerd, doch alleen in a. 1283 en 1284 als algemeenen regel stelt, dat de vergoeding niet mag overschrijden de maat, die de debiteur ten tijde van het aangaan der verbindtenis heeft kunnen voorzien, een regel, die welligt aan het Hof in de bij het arr. voorbeeldsgewijze ondersteldé gevallen een bruikbaren grond van beslissing zou aangeven, maar waarvan in elk geval het arr. *in casu* zelfs *niet beweert* dat hij door den eischer ten nadeele des verw^e zou zijn miskend;

„A. uit het aangevoerde van zelf reeds volgt, dat evenzeer onjuist is 's Hofs beschouwing dat ten laste van den contractbreukigen kooper regtens alleen in aanmerking mag komen *die* winstderving des verkoopers, die aangewezen wordt door het verschil tusschen de waarde van het verkochte en den contractsprijs op het tijdstip der wanpraestatie des koopers en op de plaats der levering;

„A. immers bij de berekening van het verlies en de winstderving, die van de niet-nakoming van des koopers verbindtenis tot betaling het dadelijk gevolg is, in de eerste plaats in aanmerking komt de koopprijs dien de verkooper moest ontvangen, doch dien de kooper hem onthoudt;

„A. derhalve die post met regt eene eerste plaats inneemt in des koopers debet;

„A. nu voorzeker in 's Hofs stelsel de kooper regt heeft om tegenover dien debet-post in compensatie te brengen de waarde der aan den verkooper blijvende verkochte zaak, doch hij dan zelf die waarde zal hebben te bewijzen, te meer zoo hij geen genoegen neemt met het bedrag dat de kooper deswege, gelijk *in casu*, door aftrek van aankoops- en vervoerkosten inderdaad in compensatie gebragt heeft;

„A. derhalve het arr. dat den verkooper, die zich tot bewijs van zijn verlies van den vollen koopprijs teregt kan beroepen op de door den kooper niet-nagekomen verbindtenis tot betaling van dien koopprijs, bovendien het bewijs oplegt van de af te trekken waarde der zaak ten tijde en plaatse der wanpraestatie, in strijd met de wet aan de ééne partij het bewijs oplegt van een feit, waarop de andere zich tot tegenspraak beroept en dan ook leidt tot het onregtskundig en ongerijmd gevolg, dat de moeijelijkheid, ja de onmogelijkheid *casu quo*, van zulk een waardebewijs zou komen ten voordeele van den kooper, die het contract verbrak, en ten nadeele van den contractgetrouwen verkooper, die zich een vasten prijs bedong, doch die, levert hij geen afdoend bewijs van de waarde der

zaak op de leveringsplaats en tijdens de wanpraestatie van zijn mede-contractant, alle schadevergoeding zal verbeuren;

„A. derhalve tegen het arr. wordt aangevoerd als *middel* van cassatie: schending en verkeerde toepassing van de a. 1282, 1283, 1284, 1493, 1549 en 1902 B.-W. en van a. 56 B.-R., omdat het arr. den voor schaderekening uitgetrokken post van *f* 665.50 heeft uitgeworpen als regtens ontoelaatbaar en in elk geval als alleen voor toewijzing vatbaar in geval de eischer het bij het arr. in de 8e overw. *in jure* bedoelde bewijs had aangeboden; en 2° omdat het arr. voorts, op grond van de afwijzing dier vordering mede heeft afgewezen de grieven van het incidenteel appel, heeft verminderd de renten en de in eersten aanleg uitgesproken kosten-compensatie heeft veranderd in eene kosten-condemnatie des eischers van de beide instantiën;

„mitsdien, op grond van het *middel* te hooren vernietigen het tusschen partijen door het Geregtshof te Arnhem 30 Jan. 1884 gewezen arr., voorzoover daarbij op de punten bij het *middel* behandeld is beslist in het nadeel des eischers, en de zaak te hooren verwijzen om met inachtneming van 's H.-R.'s arr. te worden behandeld en beslist."

Voor den verw. in cassatie, vertegenwoordigd door Mr. G. Belinfante, advocaat en procureur bij den H.-R., is bij conclusie hierop geantwoord als volgt:

„A. de eenige grief des eischers in cassatie tegen het arr. van het Hof te Arnhem van 30 Jan. 1884 gerigt is tegen dit deel van het arr., waarbij de door hem in eersten aanleg voortgebragte schadestaat werd verminderd met een bedrag van *f* 665.50 door hem gevorderd, als uitmakende het verschil tusschen door partijen bij eene ontbonden overeenkomst bedongen koopprijs van *f* 4050 en het lager bedrag, door hem als verkooper voor de bewuste aardappelen als inkoopsprijs en vracht betaald;

„A. het Hof volkomen teregt beslist: „dat de som door den verkooper eener handelswaar voor inkoop en vracht van

deze besteed, voor den kooper der waar *naar regten* is eene onverschillige zaak, die hem geen voor- of nadeel kan opleveren, en dus niet een der factoren kan zijn ter berekening der winstderving, welke hij bij niet-nakoming zijnerzijds van de overeenkomst van koop en verkoop aan zijnen verkooper moet praesteren, ten effecte dat indien de tusschen hen bedongen koopprijs hooger is dan de som door den verkooper voor de waar besteed, het verschil zou uitmaken het bedrag der te vergoeden winstderving."

»A. naar hetgeen de eischer in cassatie in zijne dagvaarding stelt, door die beslissing zou zijn voorbijgezien, dat het volgens de uitdrukkelijke bepaling van a. 1282 B.-W. bij schadevergoeding wegens wanpraestatie de vraag niet is wat den debiteur voor- of nadeel zou aanbrengen, maar de wet de zaak beschouwt aan de zijde van den crediteur en vergoeding wil van het verlies dat *hij* leed en van de winst die *hij* derfde;

»A. noch in de bestreden, noch in eenige andere overweging van het arr. te lezen is wat de eischer in cassatie daaruit wil afleiden, maar het Hof, blijkens den ganschen zamenhang van het arr., evenals de eerste regter, zich alleen de vraag heeft gesteld *welke* schadevergoeding aan den schuldeischer wegens winstderving toekwam, — en de stelling, dat de overeenkomst welke de verkooper met zijne leveranciers mogt hebben gemaakt *regtens* voor zijnen kooper eene onverschillige zaak is, wel verre van met de wet in strijd te zijn, met a. 1376 B.-W. volkomen overeenstemt;

»A. de *ratio decidendi* van het Hof echter niet zoozeer in de 5e als wel in de 7e overw. van het arr. moet worden gezocht, waar het Hof, lettende ook op de laatste woorden van a. 1282 B.-W., door den eischer als geschonden en verkeerd toegepast voorgesteld, het beginsel toepast dat in a. 1284 B.-W. *ipsis verbis* is gehuldigd, dat namelijk de vergoeding van kosten, schaden en interessen ten opzigte van

de door den schuldeischer geledene schade en de winstderving alleenlijk datgene mag bevatten *hetgeen een onmiddellijk en dadelijk gevolg is van het niet nakomen der verbindtenis;*

„A. alzoo niet schending, maar toepassing van de wet het Hof er toe heeft geleid *in casu* als maatstaf der winstderving aan te nemen het verschil tusschen de lagere waarde der koopwaar ten tijde van het in gebreke blijven des koopers en den tusschen partijen bedongen hoogeren koopprijs;

„A. de aanneming van den maatstaf des eischers tot dit ongerijmde gevolg zou leiden, dat de verkooper, triomferende in eene regtsvordering tot ontbinding der koopovereenkomst wegens wanpraestatie, niet alleen tegen winstderving zou gevrijwaard worden, maar bovendien door de schuld des koopers nog zou worden verrijkt, in strijd met het beginsel: *nemo locupletior fieri potest damno alterius*, uit welk beginsel onderscheidene bepalingen van ons burgerlijk wetboek zijn voortgekomen, terwijl de onderstelling van het bestaan van een marktprijs met onze wet volkomen overeenstemt, die o. a. in de a. 447 en 456 van de gedachte uitgaat, dat de verkooper dadelijk een afnemer en betaler zal vinden;

„A. de eischer ten onregte de ook door den eersten regter volstrekt niet gewraakte beslissing van het Hof in strijd acht met het karakter van koop en verkoop (van welks uitvoering de verkooper regtens mag verwachten, dat hij van de zorg voor en de risico bij zijne zaak zal zijn bevrijd en den bedongen prijs zal genieten), omdat de eischer daarbij voorbijziet, dat de ontbindende voorwaarde, naar luid van a. 1301, al. 1, B.-W., *na hare vervulling* de verbindtenis *doet ophouden* en de zaken weder tot den vorigen stand doet terugkeeren, even alsof er geene verbindtenis bestaan had, zoodat, nadat eenmaal de regter de overeenkomst van koop en verkoop heeft ontbonden, noch van verkoop, noch van bevrijding van risico bij den verkooper sprake kan zijn;

„A. ook het Hof, allezins teregt, den verkooper, die zijne

schade had te bewijzen, met het bewijs van de waarde der koopwaar beneden den contractsprijs ten tijde der wanpraestatie en op de plaats der levering heeft belast;

„A. immers a. 612 B.-R. *aan de wederpartij* (d. i. den eischer in cassatie) oplegt het maken van een staat „met de *tot bewijs* strekkende *bescheiden*" en het Hof juist deze bepaling zou hebben geschonden, indien het aan den verw. in cassatie eenig bewijs had opgelegd;

„A. de eerste regter in zooverre volkomen eenstemmig oordeelde met het Hof, omdat hij den eischer het bewijs oplegde en het bewijs door den eischer *moet* en *kan* geleverd worden, *onverschillig* welke maatstaf voor de schadebegrooting worde aangenomen;

„A. de eischer niet alleen tot het bewijs van de waarde der door hem verkochte zaak verpligt is, maar daartoe veel gemakkelijker in staat is, juist omdat, tengevolge van de ontbinding der overeenkomst, de verkochte zaak wederom aan hem is teruggegaan;

„A. de verkooper, moetende bewijzen het verschil tusschen contractsprijs en marktprijs ten tijde der wanpraestatie, niet bewijst een feit, waarop de kooper zich *tot tegenspraak* van des verkoopers regt beroept, maar het feit, waarop *zijne vordering* tot schadevergoeding steunt, en het geheel in strijd zou zijn met de wet, de bestanddeelen van een te bewijzen feit willekeurig te splitsen, en met het ééne element den eischer, met het andere den verw. te belasten;

„Zoo wotdt voor den verw. geconcludeerd tot verwerping; kosten regtens."

Namens den Proc.-G. heeft de Adv.-G. VAN MAANEN in deze de volgende conclusie genomen:

„Het aangevoerde *cassatie-middel* luidt: schending en verkeerde toepassing van de a. 1282, 1283, 1284, 1493, 1549 en 1902 B.-W. en van a. 56 B.-R.:

„omdat het arr. den voor winstderving op de schade-

rekening uitgetrokken post van *f* 665.50 heeft uitgeworpen, als regtens ontoelaatbaar, en in elk geval als alleen voor toewijzing vatbaar, ingeval de eischer het bij het arr. in de 8e overw. *in jure* bedoelde bewijs had aangeboden; en

„omdat het arr. voorts op grond van de afwijzing dier vordering mede heeft afgewezen de grieven van het incidenteel appel, heeft verminderd de renten en de in eersten aanleg uitgesproken kosten-compensatie heeft veranderd in een kosten-condemnatie des eischers van de beide instantiën.

„Het eerste gedeelte van het *middel* is al dadelijk bestreden met de bewering, dat de gevallen uitspraak geen grond tot cassatie kan opleveren, omdat in de wet niet worden gevonden de criteria voor de berekening van de winstderving, weshalve de *judex facti* daarover heeft te beslissen, en door het aannemen van zekere factoren voor die berekening de wet niet kan schenden.

„Mij komt dit juist voor; in cassatie kan niet worden onderzocht welken maatstaf de feitelijke regter heeft aan te nemen ter bepaling van de schade of winstderving; daarvoor zijn geen algemeene regels te geven, zooals het Hof van Arnhem schijnt te meenen. Alles hangt van de omstandigheden af, en zelfs zal de regter genoodzaakt kunnen zijn de voorlichting van deskundigen in te roepen om tot de bepaling van een juist schadecijfer te kunnen geraken.

„Nu heeft de eischer van cassatie met opzigt tot deze bewering een beroep gedaan op een arr. van den H.-R. van 10 Junij 1881 (*N. Rspr.* CXXVIII, 210; v. D HON., *B.-R.* XLVI, 441) maar daar gold het niet de vraag welke factoren de regter voor de berekening van schade had in acht te nemen. Daar waren in strijd met de a. 1282 en volgg. B.-W. twee *regtspunten* verkeerd opgelost. Vooreerst dat de later ontstane schade tijdens het aangaan der verbindtenis *stellig* heeft kunnen worden *voorzien*, hetgeen eene onjuiste opvatting was van a. 1283. Ten tweede, wat al of niet tot de *regtstreeksche gevolgen* van de wanpraestatie

des contractsbrekers gerekend moet worden te behooren (a. 1284), waarvan geheel onafhankelijk is, dat tegen dezen eene actie tot *ontbinding* van het contract en niet tot *nakoming* er van ingesteld is (Marcadé IV, n° 523; Diephuis VI, n° 122 volg.)

„Maar bij het thans beklaagde arr. zijn geene regtsvragen in strijd met de wet beantwoord, zoodat de bij het *middel* genoemde a. niet zijn geschonden of verkeerd toegepast.

„Mogt echter de H.-R. deze mijne opvatting niet deelen en van oordeel zijn dat de bij het *middel* aangevoerde a. kunnen worden geschonden door het aannemen van een verkeerden factor bij het beoordeelen der geleden winstderving, dan komt het mij voor, dat het arr. zou behooren te worden gecasseerd op de gronden daarvoor door den eischer in de eerste plaats aangevoerd.

„Hierbij staat op den voorgrond. dat de wet bij het vaststellen dezer bepalingen meer het oog had op de schadelijdende partij, dan op dengene die het contract verbroken heeft. „La jurisprudence," zegt Laurent, „se montre plus „favorable au créancier qu'au débiteur et cela se conçoit même „au point de vue de l'équité, car le débiteur est en faute „et rien ne peut être reproché au créancier victime de la faute." (Dl. XVI, bl. 353, n° 293.)

„Welke winst nu derfde de verkooper door de nietnakoming van het contract? De winst die hij meende te behalen toen hij den verkoop sloot, dus het verschil tusschen den inkoops- en verkoopsprijs.

„Nu zegt het Hof dat die inkoopsprijs is eene voor den kooper naar regten onverschillige zaak, die hem geen voor- of nadeel kan opleveren en dus niet een factor voor de berekening der winstderving mag zijn. Maar die winstderving moet worden berekend uit het standpunt van den crediteur en niet van den debiteur. Die prijs gaat dezen wel degelijk aan, want hij staaft het verlies door den crediteur tengevolge van de contractsbreuk geleden, en van dat verlies is hij de

debiteur; en is de grondslag der redenering van het Hof deze, dat de inkoop eene *res inter alios* was, dan geldt hetzelfde voor den marktprijs tijdens de niet-nakoming van de overeenkomst.

„In de 6e overw. van het arr. wordt gewezen op de gevolgen, welke de wijze van berekening door de regtb. zoude kunnen medebrengen en op de moeijelijkheid om soms tot de berekening te geraken. Maar juist daarom kan men geen vaste factoren voor die berekening aannemen, want had de verw. niet alleen beweerd, maar ook bewezen, dat de verbreking van het contract den eischer voordeel had aangebragt, tengevolge van de stijgende markt der aardappelen in den jare 1880, dan zou de eerste regter niet dezen maatstaf van berekening hebben genomen.

„Het stelsel door het Hof in den 7a cons. aangenomen, komt hierop neder, dat vergoed moet worden het verschil der verkoopwaarde en der waarde ten tijde van de *mora* des koopers, omdat de verkooper dan in dat verschil en in de waarde van de aan hem blijvende waar juist het aequivalent van den bedongen koopprijs vindt.

„Deze factor van berekening kan welligt voor sommige gevallen passen, maar dan moet niet genomen worden de waarde tijdens de *mora*, maar ten tijde dat de geleverde waar weder in het bezit van den crediteur terugkeert, en dan nog moet deze zijne waar van de hand hebben kunnen zetten tegen den marktprijs.

„Tot welken prijs de crediteur later zijne waar verkoopt, zou echter met regt kunnen worden beweerd, voor den debiteur ook een *res inter alios* te zijn.

„Met de leer van het Hof kan ik mij daarom niet wel vereenigen, maar ik oordeel het te zijn een *mal jugé* onvatbaar voor cassatie.

„Het Hof, dit standpunt in afwijking van dat van den eischer innemende, heeft omdat deze de waarde tijdens de *mora*

niet had bewezen of aangeboden te bewijzen, zijne vordering ontzegd.

„Daartegen is het tweede gedeelte van het *middel* gerigt: het Hof zou ten onregte den verkooper hebben belast met het bewijs van de waarde van de koopwaar beneden den contractsprijs tijdens de wanpraestatie en op de plek der levering, omdat de vaststaande verkoopprijs een eerste plaats inneemt in des verkoopers debet, en de kooper die als tweeden factor aanneemt de waarde der aardappelen tijdens de *mora*, dus die waarde had te bewijzen.

„Die leer kan, dunkt mij, niet opgaan; de eischer heeft vergoeding der winstderving gevorderd, en nu rust op hem de last om te bewijzen, dat hij de winst, die hij had meenen te behalen, heeft gemist; naar welken maatstaf dat verlies moet worden berekend is onverschillig; maar op den eischer rust het algeheele bewijs van de winstderving, al zij dat bewijs in een gegeven geval als het onderhavige, in verschillende onderdeelen gesplitst. Het is geen bewijs van een feit, waarop de kooper zich tot tegenspraak van de tegen hem ingestelde vordering beroept, maar een bestanddeel noodig tot staving van des eischers actie.

„Ik heb de eer te concluderen tot verwerping van de ingestelde voorziening, met veroordeeling van den req. in de kosten."

ARREST. — De H.-R. d. Ned. — Op het beroep van, enz.;

„O., dat het *eenig* voorgestelde *middel* van cassatie luidt: schending en verkeerde toepassing van de a. 1282, 1283, 1284, 1493, 1549 en 1902 B.-W. en a. 56 B.-R., omdat het arr. den voor winstderving op de schaderekening uitgetrokken post van *ƒ* 665.50 heeft uitgeworpen als regtens ontoelaatbaar en in elk geval als alleen voor toewijzing vatbaar in geval de eischer het bij het arr. in de 8ᵉ overw. *in jure* bedoelde bewijs had aangeboden; en omdat het arr. voorts op grond van de afwijzing dier vordering mede heeft

afgewezen de grieven van het incidenteel appel, heeft verminderd de renten, en de in eersten aanleg uitgesproken kosten-compensatie heeft veranderd in eene kosten-condemnatie des eischers van de beide instantiën;

„O., dat dit *middel* betreft een door de eisch^{sse} op haren, volgens a. 610 B.-R. opgemaakten staat van kosten, schaden en interesten gebragten post van *f* 665.50 voor *winstderving*, welke zij beweerde, dat de verw., wegens niet-nakoming en daarop gevolgde ontbinding eener met haar gesloten overeenkomst van koop en verkoop van aardappelen, schuldig was, als het verschil tusschen den van verw. bedongen koopprijs van *f* 405 en het lager bedrag dat de eisch^{sse} aan inkoop en vracht voor die aardappelen had betaald;

„O., dat het Hof dien post heeft verworpen op grond, dat de som door den verkooper eener handelswaar aan inkoop en vracht besteed, voor den kooper naar regten is eene onverschillige zaak; dat winstderving alleen mag bevatten datgeen wat een onmiddellijk en dadelijk gevolg is van het niet-nakomen der verbindtenis; dat het doel der wet met die vergoeding in een geval als het onderwerpelijke is, den verkooper ten opzigte zijner winst te brengen in denzelfden toestand, waarin hij bij uitvoering der overeenkomst door den kooper zou zijn geweest, welk doel alleen wordt bereikt, indien hem, bij lagere waarde der koopwaar tijdens het in gebreke blijven des koopers, voor winstderving vergoed wordt het verschil tusschen die lagere waarde en den bedongen koopprijs; voorts dat de eisch^{sse} het bewijs dier lagere waarde, ter plaatse voor de levering bepaald en ten tijde van het in gebreke blijven des verw^s, niet heeft aangeboden;

„O. ten aanzien van het eerste gedeelte van het *middel*, dat in de daarvoor aangehaalde a. B.-W. wel als beginsel is opgenomen, dat in het algemeen slechts die schade en winstderving behoeft te worden vergoed, welke men tijdens het aangaan der verbindtenis voorzien heeft of heeft kunnen voor-

zien en die een onmiddellijk en dadelijk gevolg der nietnakoming is, maar dat daarin niet is bepaald, wat of welke elementen diensvolgens als maatstaf voor de berekening van schade of winstderving zullen gelden, en derhalve de uitspraak van den regter omtrent hetgeen in een zeker geval als maatstaf of factor daarvoor in aanmerking komt, als van feitelijken aard, in cassatie moet worden geëerbiedigd;

„O., dat het onderzoek naar de juistheid of onjuistheid van 's Hofs beslissing op dit punt alzoo uitgesloten zijnde, geene schending of verkeerde toepassing der aangehaalde wetsa. tegen die beslissing kan worden beweerd;

„O., dat, nu de door de eisch^sse op hare schaderekening gebragte post voor winstderving, als op een onaannemelijken grondslag berustende, door het Hof was verworpen, het Hof teregt heeft geoordeeld, dat de eisch^sse, om winstderving op een anderen grond te kunnen vorderen, nl. dien van den lageren prijs van de koopwaar dan den bedongen koopprijs ten tijde van het in gebreke blijven des koopers en ter plaatse der levering, het bewijs daarvan had moeten aanbieden, terwijl vermits het betrof een feit dat tot staving der door de eisch^sse beweerde winstderving moest strekken, door 's Hofs beslissing, welke het bewijs op de eisch^sse liet rusten, a. 1902 B.-W. niet is geschonden;

„O., dat mitsdien het eerste gedeelte van het voorgestelde *middel* is ongegrond;

„O., dat dit mede het geval is met het overige gedeelte, omdat de daarbij bedoelde afwijzing en rentevermindering het regtstreeksch gevolg waren van de verwerping van den door de eisch^sse gestelden post van winstderving, en a. 56 B.-R. niet geschonden of verkeerd toegepast is door de veroordeeling van de eisch^sse in de kosten van beide instantiën, waar de verw. in hooger beroep in het liquidatie-proces in hoofdzaak in het gelijk werd gesteld, en daartegen ongegrond werd verklaard het incidenteel beroep der eisch^sse;

werpt de voorziening;
oordeelt de eisch^sse in de kosten."

N° 1923. — Arrest van 19 December 1884.

345 B.-W.)

e lastgever verpligt den lasthebber de schadeloosstelling rug te betalen, welke door dezen aan den aannemer is ldaan, wanneer alleen het verzuim des lastgevers die hade heeft veroorzaakt? — JA.

naamlooze vennootschap „Maatschappij tot exploitatie tsspoorwegen", gevestigd te Utrecht, ten deze vertegd door Jhr. Mr E. N. DE BRAUW, advocaat bij den heeft den Staat der Nederlanden doen dagvaarden, e:

de eisch^sse, na magtiging en onder goedkeuring van n Minister van Waterstaat, Handel en Nijverheid, in 1878 en 1879 tusschen de stations Boxtel en Eindan de Staatsspoorwegen, voor rekening van den geen tweede spoor heeft doen leggen;

dat werk, alweder met goedkeuring van denzelfden door eisch^sse is aanbesteed aan J. H., aannemer, te Grave, bij overeenkomst van 28 en 30 Sept. 1878, vereenkomst in geschrift aangegaan, is geregistreerd togenbosch, 3 Oct. 1878, deel 60, folio 171 *verso*, wee bladen, een renvooi, tegen betaling van *f* 652.50 t van borgtogt, te zamen *f* 1305; van *f* 495.90 opcenten, zamen *f* 1800.90, door den ontvanger S.; bij die overeenkomst, welke bepaaldelijk ook door ister is goedgekeurd en waarvan het origineel onder agde berust, onder meer is bepaald:

de spoormaterialen voor het tweede spoor en voor els, den aannemer ter beschikking worden gesteld op stapelplaats te Dordrecht;

„A. namelijk bij het ontwerpen en goedkeuren van zulke bestekken tusschen partijen als regel was aangenomen, dat de spoormaterialen voor uitbreiding of dubbel spoor door den gedaagde worden verstrekt;

„A. reeds voor de aanbesteding op 7 Febr. 1878 aan den Minister van Waterstaat, Handel en Nijverheid opgave was gedaan van de benoodigde bovenbouw-materialen;

„A. de overeenkomst op 8 Oct. 1878 ter definitieve goedkeuring aan *den Minister* was ingediend met verzoek ze zoo spoedig mogelijk terug te mogen ontvangen ten einde den aannemer de aanzegging te kunnen doen toekomen, dat met het werk moest worden aangevangen;

„A. de overeenkomst den 12n Oct. daaraanvolgende door den Minister is goedgekeurd, zonder eenig berigt dat de materialen niet voorhanden waren;

„A. daarna op 29 Oct. 1878 op nieuw aan genoemden Minister opgave is gedaan van het aantal spoorstaven en verdere materialen in het geheel benoodigd voor het leggen van den bovenbouw van het hier bedoelde tweede spoor en van de termijnen waarbinnen over deze materialen zal behooren beschikt te worden, terwijl genoemde Minister werd verzocht last te willen geven dat de benoodigde spoorstaven met toebehooren van af 11 Nov. 1878 dien aannemer successievelijk ter beschikking gesteld worden;

„A. daarop eerst den 15 November 1878 door den Minister werd berigt, dat het bedoelde materiaal nog niet beschikbaar was en niettegenstaande herhaalden aandrang en mededeeling dat de aannemer H. op beschikbaarstelling aandrong en wegens de te late levering schadevergoeding zou eischen, eerst op 17 Junij 1879 door of van wege den Minister is berigt, dat een gedeelte der hoeveelheid beschikbaar was gesteld, en zulks terwijl de aannemer verpligt was 16 Apr. 1879 het werk voltooid te hebben, en er dus alles had op moeten inrigten om op dat tijdstip ook gereed te zijn;

„A. de aannemer H., na te vergeefs eerst van den gedaagde en later van de eischsse schadevergoeding in der minne te hebben gevraagd, die schadevergoeding, nader op te maken bij staat, van de eischsse in regten gevorderd heeft;

„A. de eischsse de daartoe strekkende dagvaarding bij behoorlijk geregistreerd exploit van mij deurwaarder, van 3 Sept. 1880 aan den gedaagde heeft doen beteekenen onder mededeeling van de verwering welke zij voornemens was te voeren, en onder aanzegging dat indien de vordering mogt worden toegewezen, zij tegen den gedaagde zou instellen, ten einde volkomen kost- en schadeloos gehouden te worden wegens alle gevolgen dier veroordeeling, een en ander opdat de gedaagde, zulks verlangende, in het proces tusschen eischsse en H. zou kunnen interveniëren;

„A. de gedaagde niet is tusschen gekomen, de eischsse bij vonnis der regtb. te Utrecht van 19 Jan. 1881 conform de dagvaarding is veroordeeld, welk vonnis bij arr. van het Geregtshof te Amsterdam van 3 Febr. 1882 is bevestigd, nadat aan den gedaagde bij behoorlijk geregistreerd exploit van mij deurwaarder van 30 Sept. 1881 het hangende appel was medegedeeld, terwijl later bij behoorlijk geregistreerd exploit van mij deurwaarder van 9 Mei 1882 èn vonnis èn arr. aan den gedaagde zijn beteekend, onder mededeeling dat de eischsse voor zich geen termen vond om beroep in cassatie tegen het arr. in te stellen, maar bereid was zulks te doen indien de gedaagde zulks mogt verlangen en de aan te voeren *middelen* van cassatie tijdig opgaf;

„A. de eischsse, toen ook dit *middel* vruchteloos bleef, in het arr. van het Geregtshof te Amsterdam heeft berust, door de kosten der beide instantiën ad *f* 523.95 te betalen;

„A. daarna genoemde H., bij exploit van 2 Oct. 1882 heeft doen beteekenen eenen staat van kosten, schaden en interessen tengevolge van de bovenbedoelde regterlijke uitspraken aan hem verschuldigd, ten bedrage van *f* 5770, behalve

een memoriepost voor renten ad 6 pCt. 's jaars van af de oorspronkelijke dagvaarding van 28 Junij 1880;

„A. daarop eisch^{sse} en genoemde H. bij schriftelijke dading van 3 Mrt. 1883, — geregistreerd te 's Gravenhage 26 Sept. 1883, deel 75, folio 73 *verso*, vak 4, een blad, geen renvooi, tegen betaling van *f* 1.20 voor regt, door den ontvanger b. a. Sprée, — de kosten, schaden en interessen, boven bedoeld, de renten tot op den dag der betaling toe daarin begrepen, hebben vastgesteld op *f* 20,000, welk bedrag door de eisch^{sse} aan genoemden H. is uitbetaald;

„A. eisch^{sse} die transactie heeft gesloten in de overtuiging dat de door H. geleden schade zeker meer bedroeg dan *f* 20.000, en dus, dat zij door die transactie de belangen van den Staat veel meer bevoordeelde dan door een kostbaar proces te voeren over het belangrijk hooger door H. gevorderd bedrag;

„A. de eisch^{sse} voor proceskosten der beide instantiën aan haren procureur heeft moeten betalen de som van *f* 359.83;

„A. de gedaagde wordt gesommeerd de bovengestelde feiten bij zijn antwoord uitdrukkelijk te erkennen of te ontkennen;

„A. de eisch^{sse} in deze geheele zaak slechts gehandeld heeft voor rekening van den gedaagde en zich te diens behoeve niet verbonden heeft dan na daartoe behoorlijk gemagtigd te zijn;

„A. bovendien de eenige oorzaak der schade is het niet tijdig beschikbaar stellen der spoormaterialen;

„A. derhalve die schade enkel en alleen te wijten is aan den gedaagde, die tijdig wetende *dat* en *hoeveel* materialen en *wanneer* ze moesten geleverd worden, desniettegenstaande ze veel te laat heeft beschikbaar gesteld en zulks zonder zelfs de eisch^{sse} te waarschuwen toen zij gemagtigd werd het werk aan te besteden, dat de materialen vooreerst niet beschikbaar konden gesteld worden;

„A. derhalve de eisch^{sse} deze zaak voor den gedaagde behartigde, zonder op eenige winst aanspraak te hebben, doch

alleen de werkelijke kosten in rekening mogt brengen, zoowel volgens de tusschen partijen gesloten overeenkomst van 24—25 Mei 1876, bekrachtigd bij de wet van 15 Nov. 1876, *St.* n° 210, krachtens a. 6 dier wet gratis geregistreerd, als krachtens de op elken lastgever volgens de wet rustende verpligtingen bevoegd is van den gedaagde terug te vorderen al hetgeen zij ten gevolge van de vordering van H. voornoemd heeft moeten betalen;

„A. dit bedraagt voor hoofdsom met renten *f* 20,000; proceskosten aan H. *f* 523.95; proceskosten van eisch^sse^ *f* 359.83; te zamen *f* 20.883,78;

„Mitsdien bij arr. van den H.-R. te worden veroordeeld om aan de eisch^sse^, tegen behoorlijke kwijting ter zake voorschreven, te betalen de som van *f* 23,883.78, met de renten daarvan ad 5 pCt. 's jaars sedert den dag dezer dagvaarding en in de kosten ván den processe."

De Staat der Ned., gedaagde, vertegenwoordigd door Mr. C. J. FRANÇOIS, procureur, heeft daarop doen antwoorden:

„A. de eisch^sse^ van den Staat vordert de betaling eener som van *f* 20,883.78 met rente en kosten, ter zake zij dit zou hebben voldaan aan J. H., aannemer van spoorwegwerken, aanbesteed bij bestek n° 199 ten processe overgelegd;

„A. de eisch^sse^ bij vonnis der regtb. te Utrecht van 19 Jan. 1881, bevestigd in hooger beroep, tot vergoeding van schade is veroordeeld en de betaling der thans van gedaagde gevorderde som daarvan het gevolg is;

„A. de verpligting tot schadevergoeding daarbij is aangenomen „op grond dat de aanvang van het werk door de M^ij^ den aannemer is bevolen, maar hem de noodige materialen daarna niet op tijd zijn geleverd;

„A. de schuld daaraan ligt bij de eisch^sse^, die, zonder magtiging tot aanzegging om te beginnen, zonder kennis of de materialen voorhanden waren, zonder deswege den gedaagde te raadplegen, den aannemer bevolen heeft het werk aan te vangen;

„A. daarna zelfs de eisch^sse geene kennis heeft gegeven van de bevelen tot aanvang van het werk, — laat staan haar in verzuim gesteld voor het niet beschikbaar stellen van het materiaal;

„A. van hare eigendunkelijke en minstens genomen onvoorzigtige en onbedachtzame handelingen de Maatschappij de gevolgen moet dragen, — maar de Staat geenszins gehouden is haar die schade, en nog minder de proces-kosten te vergoeden;

„Zoo concludeert Mr. C. J. François qq. tot niet-ontvankelijkverklaring, immers tot ontzegging der ingestelde vordering c. e."

Voor repliek is namens de eisch^sse geconcludeerd als volgt:

„A. de gedaagde, hoezeer bij dagvaarding gesommeerd de geposeerde feiten uitdrukkelijk te erkennen of te ontkennen, geen dier feiten heeft ontkend, doch zich alleen verweerd op grond dat de schuld van het niet tijdig beschikbaar stellen der materialen (oorzaak der schade), zou liggen bij eisch^sse, die zonder magtiging tot aanzegging om te beginnen, zonder kennis of de materialen voorhanden waren, zonder deswege den gedaagde te raadplegen, den aannemer bevolen heeft het werk aan te vangen, van deze bevelen den gedaagde zelfs geen kennis heeft gegeven, laat staan den gedaagde heeft in verzuim gesteld;

„A. gedaagde over het hoofd ziet, dat het bevel tot aanvang van het werk niet is gegeven dan nadat eisch^sse aan den Min. van Waterstaat, Handel en Nijverheid had geschreven den brief van 8 Oct. 1878, bij deze schrifturen geproduceerd, sub n° 7, luidende: „In verband met Uwer Exc^e *in margine* „vermelde missive heb ik de eer bij deze ter goedkeuring in „te zenden de op zegel gestelde en geregistreerde overeenkomst „met den aannemer J. H. opgemaakt, volgens het hierbij „teruggaande concept.

„Aangenaam zal het ons zijn dat contract, met het bijbe-

„hoorende bestek, zoo spoedig mogelijk goedgekeurd terug te „mogen outvangen, ten einde den aannemer de aanzegging te „kunnen doen, bedoeld in § 41 van het bestek."

„A. gedaagde ten allen overvloede gesommeerd wordt de ontvangst van dezen brief, op straffe regtens, te erkennen of te ontkennen, biedende eisch^sse aan, in geval van ontkentenis, te bewijzen, dat gedaagde dien brief heeft ontvangen;

„A. de aanzegging, bedoeld in § 41 van het Bestek, juist is de schriftelijke aanzegging, waarna de werken onmiddellijk moeten worden aangevangen, en zes maanden later voltooid opgeleverd;

„A. de Minister ter beantwoording van dien brief heeft geschreven de missive van 12 Oct. 1878, door gedaagde sub n° 9, door eisch^sse sub n° 8 geproduceerd;

„A. de Minister, indien hij niet wilde, dat de aanzegging onmiddellijk zou gedaan worden, in dien brief, waarbij overeenkomst en bestek goedgekeurd werden teruggezonden, dit had moeten zeggen, maar nu hij aan het verzoek om spoedige toezending, gedaan juist *om de aanzegging te kunnen doen*, voldeed, zonder eenige reserve omtrent die aanzegging of het niet voorhanden zijn der rails te maken, eisch^sse te goeder trouw zich kon en moest achten gemagtigd te zijn, de aanzegging te doen, welke aanzegging trouwens tegenover den aannemer te goeder trouw niet kon worden uitgesteld;

„A. daarna aan den gedaagde niet behoefde te worden gemeld, dat de aanzegging gedaan was, daar de Minister dat weten kon en moest, bovendien bij missive van 29 Oct. 1878, door de eisch^sse, sub n° 9, door gedaagde sub n° 8 geproduceerd, door eisch^sse aan gedaagde opgave is gedaan van de hoeveelheden die en de termijnen binnen welke de materialen moesten worden beschikbaar gesteld, waaruit gedaagde had kunnen en moeten opmaken dat de aanzegging gedaan was;

„A. bij de bij die missive gevraagde beschikbaarstelling, van af 11 Nov. 1878 schade zou voorkomen zijn, indien daar-

mede begonnen ware op 15 Mrt. 1879, maar dat eerst is geschied op 17 Junij 1879;

„A. de eisch^sse^, die van gedaagde, voor wiens rekening zij optrad, eenvoudig vraagt om kost- en schadeloos te worden gehouden, den gedaagde niet behoefde in verzuim te stellen;

„A. zij desniettemin den gedaagde in verzuim heeft gesteld op dezelfde wijze waarop zij zelve door den aannemer in verzuim is gesteld, welk verzuim door de regtb. te Utrecht en het Geregtshof te Amsterdam is aangenomen;

„A. toch bij missive van 26 Febr. 1879 door eisch^sse^ en door gedaagde sub n° 11 geproduceerd, eisch^sse^ de zinsnede uit den brief van den aannemer van 16 Febr. 1879 door de regtb. als in verzuimstelling tegen 15 Mrt aangemerkt, bijna letterlijk, ja in nog krasser termen, aan den Minister heeft medegedeeld;

„A. bij missive van 11 Apr. 1879, door eisch^sse^ sub n° 14 en door gedaagde sub n° 7 geproduceerd, eisch^sse^ het tweede schrijven van den aannemer, waarop de regtb. zich voor de *mora* beroept, dat van 31 Mrt. 1879, aan den Minister zelf heeft toegezonden;

„A. eisch^sse^ dus gedaan heeft wat zij behoorde te doen, zich aan geenerlei eigendunkelijke, onvoorzigtige of onbedachtzame handeling heeft schuldig gemaakt en de beoordeeling der door den gedaagde in deze gevolgde gedragslijn gaarne aan den H.-R. overlaat;

„Zoo verklaart Jhr. Mr. E. N. de Brauw, qq. te persisteren bij den bij dagvaarding gedanen eisch."

Voor dupliek werd van wege den gedaagde de volgende conclusie genomen:

„A. in conclusie van repliek ligt de erkenning, dat de eisch^sse^ voor den aannemer, zonder magtiging van den Minister, tot aanzegging om te beginnen, zonder kennis of de materialen voorhanden waren, zonder deswege den gedaagde te raad-

plegen, den aannemer bevolen heeft het werk aan te vangen, zonder daarvan den Minister kennis te geven;

„A. dit alles is geschied, niettegenstaande aan de eisch^{sse} kennis was gegeven, dat het noodige materiaal niet voorhanden was;

„A. de eisch[sse] dit alles over het hoofd ziet en al wat zij tot repliek aanvoert niet kan beletten dat zij, en niet de gedaagde, de gevolgen moet dragen van hetgeen zij de *coeur trop léger* heeft gedaan;

„Zoo verklaart Mr. C. J. FRANÇOIS qq. te persisteren bij de reeds genomen conclusiën."

In deze zaak heeft de Proc.-G. Mr. RÖMER de volgende conclusie genomen:

„De eisch[sse] is bij regterlijke uitspraak, in kracht van gewijsde gegaan, veroordeeld om aan den aannemer te vergoeden alle kosten enz. sedert 15 Mei 1879 door hem geleden door hare nalatigheid om op genoemde en verdere dagen ter zijner beschikking te stellen de noodige spoorwegmaterialen voor het leggen van een tweede spoor op den Staats-spoorweg tusschen Boxtel en Eindhoven, welk werk door haar was aanbesteed en door genoemden aannemer was aangenomen.

„Aan dat vonnis is door haar voldaan en bij den thans ingestelden eisch, vordert zij de dientengevolge betaalde gelden met rente en kosten van den Staat terug. Hare vordering steunt op de bewering, dat zij heeft gehandeld voor rekening van den Staat en na behoorlijk door hem te zijn gemagtigd, en dat de oorzaak der schade is gelegen in het niet-beschikbaar stellen der materialen, waartoe de Staat bij overeenkomst was verbonden. De ingestelde actie is volgens de eisch[sse] de *actio mandati contraria* van a. 1845 B.-W. De Staat bestrijdt die vordering op grond, dat de eisch[sse] niet was gemagtigd tot het doen der aanzegging om te beginnen, dat zij dit gedaan heeft eigendunkelijk, minstens onvoorzigtig en onbedacht, zonder kennis of de materialen voorhanden waren, zonder zelfs

kennis te geven van het bevel tot aanvang van het werk en zonder *in mora*-stelling voor het niet beschikbaar stellen van het materiaal.

„Het eenige punt van geschil tusschen partijen is dit, of de maatschappij ten deze behoorlijk was gemagtigd; en om hunne sustenuen te staven, beroepen beide partijen zich op de tusschen de maatschappij en den Staat gevoerde correspondentie. Nu is het niet altijd gemakkelijk om uit eene briefwisseling, welke niet is gevoerd om eene overeenkomst in het leven te roepen, op te maken of deze werkelijk is aangegaan. Ik zal de correspondentie zooals zij in het geding is gebragt kort opgeven, de H.-R. zal zelf de missives onderzoeken; ik zal daarbij de aandacht vestigen op die brieven, welke naar mijne beschouwing het geschil moeten beslissen.

„Het is niet betwist, dat het leggen van een tweede spoor, waartoe volgens de bestaande overeenkomst door de Maatschappij het initiatief was genomen, door den Staat is goedgekeurd, en evenmin, dat volgens het bestek de spoorweg-materialen daartoe benoodigd, den aannemer ter beschikking zullen worden gesteld op het station Boxtel, waartoe echter bij latere overeenkomst is aangewezen de stapelplaats te Dordrecht.

„Nu werd door de Maatschappij een concept-bestek ter goedkeuring overgelegd bij missive dd. 7 Febr. 1878, voorts een staat van het benoodigd materiaal op 24 Mei 1878. Op 26 Sept. 1878 werd de eerste door den Staat *gemagtigd* om eene overeenkomst aan te gaan volgens het gewijzigd concept, met magtiging om eene overeenkomst te sluiten voor den aankoop van liggers, te betalen in twee termijnen, een op de dienst van 1878 en een op de dienst van 1879. De overeenkomst met den aannemer werd ingezonden op 8 Oct. 1878, met verzoek om spoedige goedkeuring, *ten einde de aanzegging aan den aannemer te kunnen doen*, na welke, volgens § 41 van het bestek, de werken onmiddellijk moeten worden aangevangen. Die overeenkomst is goedgekeurd op 12 Oct.

1878; maar daarbij is geene uitdrukkelijke *magtiging* verleend om de aanzegging te doen, zooals in den brief van 26 Sept. bevorens. Het is derhalve de vraag of in die goedkeuring was gelegen een *mandatum tacitum* om terstond met de werkzaamheden aan te vangen, en eene verbindtenis om de *materialen* beschikbaar te stellen, zooals magtiging was verleend om aan te koopen op 26 Sept. bevorens. Van eene goedkeuring door den Staat van de opgave van het benoodigd materiaal van 25 Mei 1878, blijkt uit dien brief niet. Op 29 Oct 1878 zendt de eisch^{sse} een staat voor benoodigde spoorstaven, met verzoek, dat zij op 11 Nov. beschikbaar zullen zijn; en op 15 Nov. 1878 antwoordt de Minister dat, met uitzondering van de dwarsliggers en de wissels, het materiaal niet beschikbaar is, maar eerstgemelde zijn aanbesteed op 4 Dec. 1878. Op 29 Feb. 1879 wordt aangedrongen op spoedige beschikbaarstelling, met herinnering aan de opgave van 7 Feb. 1878, waarbij zooals ik hierboven vermeldde, het concept-bestek was opgezonden. En nu antwoordt de Minister op 17 Maart 1879, dat de gevraagde staat nog niet was opgezonden, dat de opgave van 7 Feb. 1878 moet gewijzigd worden, en daartoe niet kan worden overgegaan omdat de stand der begrooting dit niet toeliet; dat het materiaal gedeeltelijk beschikbaar was gesteld te Dordrecht en het overige zou worden aanbesteed, terwijl de Minister verzocht nadere opgave van het nog benoodigde.

„Op 2 April 1879 schrijft de opzigter, dat er geen materiaal te Dordrecht aanwezig was; dit punt is in het geding niet opgehelderd, maar op 11 April 1879 schrijft de Maatschappij, dat de aannemer om schadeloosstelling vraagt wegens het niet beschikbaarstellen der materialen; dat de Minister het stilzwijgen bewaart over de datums waarop het materiaal beschikbaar zal kunnen zijn, en verzoekt, dat deze eenigzins bij benadering zullen worden opgegeven, *zelfs zonder dat daaruit eene verbindtenis voor de Regering zoude behoeven voort*

te vloeijen. Daarop volgt de missive van 6 Junij 1879, waarbij de Minister schrijft, dat met de dwarsliggers nog proeven zijn genomen en voor het eind der maand Julij alle materialen voor het tweede spoor zullen kunnen afgegeven worden.

„Ziedaar de inhoud der gewisselde missives, en voor het feitelijke der regtsvordering moet ik hier nog bijvoegen, dat bij § 8 van het bestek niet anders is bepaald dan dat de spoormaterialen den aannemer ter beschikking worden gesteld, en dat volgens § 41 de schriftelijke aankondiging moet geschieden door den ingenieur, d.i. den ingenieur der Maatschappij.

„Wat nu het regtspunt betreft, zoo heeft eisch^sse^ m.i. hare vordering niet gestaafd. In die missives kan ik geen *mandatum tacitum* vinden, hetwelk de *actio mandati contraria* zoude wettigen.

„Bij de goedkeuring der concept-overeenkomst bij brief van 12 Oct. 1878 bewaart de Minister het stilzwijgen over de aanzegging; indien op dien brief was geantwoord, dat de stand der begrooting of het niet toezenden van een voldoenden staat van het benoodigde, of welke andere oorzaak dan ook het beschikbaar stellen der materialen verhinderde, dan was dit geding voorkomen. Tot de beoordeeling van deze vordering doet het niets ter zake dat het tweede spoor moest worden gelegd *voor rekening aan den Staat* (a. 26 der overeenkomst), omdat bij dit bestek was afgeweken van den gewomen regel.

„En waaruit blijkt nu dat de Staat op 15 Mei 1879 *in mora* was. Nog op 17 Maart 1879 schrijft de Minister, dat de *staat* niet was opgezonden, dat de opgaaf van 7 Feb. 1878, waarop de Maatschappij zich beroept, niet was goedgekeurd en deze nog eenige wijziging vereischte; dat een gedeelte van het materiaal beschikbaar was gesteld, terwijl nog opgave werd gevraagd.

„Het blijkt ten processe niet, dat behalve de opgaven van Febr. en Maart 1878 de verlangde staat ooit is opgezonden.

„En nu vraagt de eisch^{sse} nog op 11 Apr. 1879 opgave van den datum waarop *bij benadering* het materiaal beschikbaar zou zijn, zonder dat daaruit eene verbindtenis voor de Regering zou voortvloeijen. Uit de geheele correspondentie waarbij de eisch^{sse} nu en dan beleefdelijk op antwoord aandringt, vloeit m. i. voort, dat zij zelve begreep, dat de Staat door geen *vinculum juris* jegens haar verbonden was, en waar nu partijen in een regtsgeding tegenover elkander staan, daar moet de eisch^{sse} den grond harer actie bewijzen. En indien de Staat van oordeel was dat de Maatschappij geheel op hare eigene verantwoordelijkheid het werk had aangevangen, dan kon op hem geene verpligting rusten om in de procedure door den aannemer aangevangen te interveniëren en uit zijn stilzitten kon geen argument tegen hem worden afgeleid.

„Ik acht uit dien hoofde de regtsbetrekking tusschen partijen waarop de ingestelde vordering berust, niet bewezen en heb de eer te concluderen tot ontzegging van den eisch *c. exp.*"

ARREST. — De H.-R. d. Ned. — Op het beroep van, enz.;

„O., dat de eisch^{sse} bij exploit van 1 Oct. 1883, den gedaagde in regten heeft gedagvaard tot betaling eener som van *f* 20883.78, waaronder *f* 883 78 wegens betaalde proceskosten, alsmede tot betaling van de rente der geëischte som ad 5 pCt. 's jaars sedert den dag der dagvaarding, boven en behalve de kosten van dit geding, en zulks op de navolgende gronden:

„dat de eisch^{sse}, na magtiging en onder goedkeuring van den gedaagde, voor rekening van dezen in 1878 en 1879 een tweede spoor heeft doen leggen tusschen de stations Boxtel en Eindhoven door den aannemer J. H., onder bepaling dat de spoormaterialen ter beschikking werden gesteld op 's Rijks stapelplaats te Dordrecht;

„dat in verband hiermede reeds vóór de aanbesteding op 7 Febr. 1878 en daarna 29 Oct. van dat jaar op nieuw den Minister van Waterstaat, Handel en Nijverheid opgave gedaan

was der benoodigde materialen, terwijl de overeenkomst van aanbesteding den Minister op 8 Oct. van dat jaar ter definitieve goedkeuring ingediend zijnde met verzoek ze zoo spoedig mogelijk terug te ontvangen, ten einde den aannemer aanzegging te doen om met het werk aan te vangen, die terugontvangst gevolgd was zonder eenig berigt dat de materialen niet voorhanden zouden zijn;

»dat evenwel nadat die aanzegging van wege de eisch^sse^ had plaats gehad, zij eerst 15 Nov. 1878 van den Minister berigt ontving dat het bedoelde materiaal nog niet beschikbaar was, en niettegenstaande herhaalden aandrang, onder mededeeling dat de aannemer daarop aandrong, eerst op 17 Junij 1879 van den Minister berigt gekomen is, dat een gedeelte der hoeveelheid beschikbaar was, ofschoon de aannemer verpligt geweest was reeds 16 April te voren het werk voltooid te hebben, tengevolge waarvan deze laatste, na eerst van den gedaagde en daarna van de eisch^sse^ te vergeefs in der minne schadevergoeding wegens die vertraging gevraagd te hebben, dit in regten gevorderd had;

»dat dit proces, van welks loop de eisch^sse^ den gedaagde geregeld op de hoogte gehouden had, om desverkiezende daarin tusschen te komen, met eene veroordeeling der eisch^sse^ geëindigd was, waarna ter voorkoming van meerdere kosten, eisch^sse^ geslaagd was het aanvankelijk veel hooger gevorderde bedrag dier schade in der minne op *f* 20,000 te doen vaststellen;

»dat de eisch^sse^, in deze geheele zaak slechts gehandeld hebbende voor rekening van den gedaagde en zich ten diens behoeve niet verbonden hebbende dan na daartoe behoorlijk gemagtigd te zijn, mitsdien regt had om het door haar uitbetaalde wegens eene schade-oorzaak enkel aan den gedaagde te wijten, van dezen terug te vorderen;

»O., dat de gedaagde hierop als *eenig middel* van verweer heeft doen antwoorden, dat de schuld dat de bedoelde mate-

rialen niet op tijd zijn ingeleverd, ligt aan de eisch^{sse}, die zonder magtiging tot het doen der aanzegging om het aangenomen werk te beginnen, zonder kennis of de materialen voorhanden waren, zonder deswege den gedaagde te raadplegen, die aanzegging heeft doen plaats hebben en daarna zelfs den gedaagde geen kennis heeft gegeven van de bevelen tot aanvang van het werk, laat staan hem in verzuim gesteld voor het niet beschikbaar stellen van het materiaal, zoodat eisch^{sse} en niet de Staat de gevolgen van eisch^{sses} onvoorzigtige en onbedachtzame handelingen te dragen had, en de gevorderde schadevergoeding ontzegd, immers eisch^{sse} daarin niet-ontvankelijk verklaard moest worden;

„O., dat de eisch^{sse} tot wederlegging dezer beweringen zich beroepen heeft op de ten gedinge overgelegde tusschen partijen gewisselde schrifturen en aangegane overeenkomsten, bewerende evenmin tot het aanvragen eener magtiging om de gemelde aanzegging te doen, als tot eene in verzuimstelling verpligt te zijn geweest, ofschoon die magtiging en inverzuimstelling ten overvloede reeds volgen zou uit den inhoud dier schrifturen en de gedragingen van partijen;

„In regten:

„O., dat de gedaagde op der eisch^{sse} sommatie om de gestelde feiten uitdrukkelijk te erkennen of te ontkennen geen antwoord gegeven hebbende, deze als ten processe vaststaande moeten worden aangenomen, terwijl door hem, buiten het reeds vermelde verweer, overigens de gedane vordering, bepaaldelijk ook het cijfer daarvan, niet betwist zijnde, de toewijzing daarvan enkel en geheel afhangt van de juistheid van het aangevoerde middel van verweer;

„O. daaromtrent, dat de eisch^{sse} ten deze handelend voor den Staat is opgetreden ingevolge en overeenkomstig de bij de wet van 15 Nov. 1876, *St.* n° 210, voor zooveel noodig bekrachtigde overeenkomst van 24—25 Mei 1876, en wel bepaaldelijk de a. 26 en volg. daarvan;

„O., dat volgens die bepalingen, zoodra daaraan naar het oordeel van de Maatschappij, eisch^sse^ ten deze, behoefte is en die behoefte door den Minister erkend wordt, een tweede spoor voor rekening van den Staat op de Staatsspoorwegen gelegd wordt door de Maatschappij, met bevoegdheid om alleen de werkelijke kosten in rekening te brengen en onder verpligting om van het te maken werk vooraf een plan met begrooting van kosten ter goedkeuring aan den Minister in te dienen, die openbare aanbesteding kan gelasten;

„O., dat bij die a. volstrekt niet bepaald is, dat de Maatschappij na die bekomene goedkeuring nog een nadere magtiging zou behoeven om tot uitvoering van het werk over te gaan, en de gedaagde in gebreke is gebleven eenige nadere, tusschen partijen overeengekomene bepaling bij te brengen, bij welke, in het geval van levering der voor het werk benoodigde materialen, door den Staat zoodanige uitdrukkelijke magtiging zou zijn bedongen geworden;

„O., dat de eisch^sse^ nogthans bij hare aan den Minister gerigte ten gedinge kopielijk overgelegde missive van 8 Oct. 1878 (behoorlijk geregistreerd) en tusschen partijen erkend het aannemingscontract met bijbehoorend bestek ter goedkeuring inzendende, uitdrukkelijk verzocht heeft „het zoo spoedig mogelijk goedgekeurd terug te mogen ontvangen, ten einde den aannemer de aanzegging te kunnen doen, bedoeld in § 41 van het bestek";

„O., dat de Minister aan dit verzoek gevolg gegeven hebbende door spoedige terugzending van een en ander bij missive van 12 Oct. 1878 (behoorlijk geregistreerd) zonder eenige reserve hoegenaamd omtrent die aanzegging of het niet voorhanden zijn van benoodigd materieel, eisch^sse^, indien dit noodig ware, zich teregt stilzwijgend geregtigd mogt achten zoodanige aanzegging te doen, die, volgens de aangehaalde paragraaf van het bestek, van den ingenieur der Maatschappij moest uitgaan (zijnde dit bestek behoorlijk geregistreerd);

„O., dat genoemde ambtenaar evenmin als de Maatschappij uit zich zelven bekend kunnende zijn met het al of niet bij gedaagde voorhanden zijn van voldoend materiaal, op de bekomen goedkeuring van contract of bestek in voege als zooeven gemeld, geen aanleiding had noch verpligt was zich nog omtrent dat materiaal te gaan vergewissen en alzoo ook niet gezegd kan worden onvoorzigtig of onbedacht gehandeld te hebben, door den aanvang van het werk te gelasten;

„O. dat, gelijk teregt is aangenomen bij het vonnis der arr.-regtb. te Utrecht van 19 Jan. 1881, waarbij eisch^{sse} tot betaling der thans teruggevorderde schadevergoeding aan den aannemer veroordeeld is, deze bij de twee in dat vonnis overgenomene missives eisch^{sse} behoorlijk in verzuim gesteld had en de mededeeling daarvan door eisch^{sse} aan gedaagde blijkens hare kopielijk overgelegde door partijen erkende missives van 26 Feb. en 11 Apr. 1879, zoo noodig ook tegenover den Staat als eene voldoende inverzuimstelling ten behoeve der eisch^{sse} gelden mag (behoorlijk geregistreerd);

„O., dat mitsdien de den aannemer verschuldigd geworden schadeloosstelling aan geene schuld of naltaigheid van eisch^{sse} te wijten, maar door verzuimen van gedaagde gevorderd geworden, door dezen overeenkomstig de a. 1845 en 1846 B.-W. aan eisch^{sse} moet terugbetaald worden, en de daartoe strekkende vordering is gegrond;

„Veroordeelt den gedaagde om aan eisch^{sse} ter zake voorschreven uit te betalen de som van *f* 20,883.78 met de renten daarvan ad 5 pCt. 's jaars sedert den dag der dagvaarding en in de kosten van den processe."

N° 1924. — Arrest van 2 Januarij 1885.

(A. 68, 69, 73, 74, 332, 333 B.-R. j° a° 54 R.-O.)

Is de al- of niet-vatbaarheid voor hooger beroep van het over de vrijwaring gewezen vonnis afhankelijk van de hoofdzaak, met dit gevolg dat, zoo het in de hoofdzaak te wijzen vonnis niet voor hooger beroep vatbaar is, ook in het hoogste ressort door den regter over de vrijwaring beslist wordt? — Ja.

De burgemeester van de gemeente Mook qq. en vertegenwoordigd door Mr. B. M. Vliklander Hein, advocaat bij den H.-R., heeft beroep in cassatie ingesteld, ingevolge gemeenteraadsbesluit van 3 Jan. 1884, tegen een arr. van het Geregtshof te Arnhem, 5 Dec. bevorens tusschen partijen gewezen en bij dagvaarding voor den H.-R., de volgende *middelen* doen aanzeggen:

„I. schending en verkeerde toepassing van de a. 68, 69, 73, 74, 332 en 333 B.-R. en van a. 54 R.-O., omdat is afgewezen de exceptie van niet-ontvankelijkheid in hooger beroep van de vordering tot vrijwaring incidenteel in eene possessoire procedure ingesteld;

„II. schending en verkeerde toepassing van de a. 1527, 1528, 1531—1539; 585, 601, 606, 613—615, 618, 619 en 621 B.-W., en voor zooveel noodig van a. 130 B.-R., omdat de verkooper wel verpligt is zijn kooper te vrijwaren tegen alle petitoire aanspraken van derden, doch niet tegen eene possessoire vordering door den kooper beloopen wegens feiten, ja, wegens gewelddadige ontzetting, meer dan een jaar na den koop door hem ondernomen, zonder dat daartegen iets afdoet, dat de eischer ten possessoire zich *in casu* heeft beroepen op een bezit van meer dan eene eeuw, omdat de regter ten possessoire niet over eeuwigdurend bezit jugeert, doch reeds wegens annaal bezit moet toewijzen, en dus regtens onjuist is de beslissing van het Hof, dat de possessoire actie, werd zij bewezen, zou worden toegewezen wegens bezit van eene eeuw en dus wegens bezit anterieur aan den koop, en einde-

lijk omdat, al ware dit alles onjuist, dan nog het Hof, met den eersten regter feitelijk aannemende, dat de Staat, *toen hij kocht*, bekend was met het *gebruik* dat de eischer ten possessoire van den grond maakte, de toewijzing der daarop gegronde verdediging ten onregte vernietigde wegens onbewezen gemis van wetenschap bij den Staat dat de eischer ten possessoire eenig *regt* op den grond bezat of beweerde, vermits immers, strekt men het begrip der evictie, waartegen de verkooper te vrijwaren heeft, uit tot de possessoire actie, dan ook de defensie, dat de kooper het gevaar van evictie heeft gekend, niet moet worden beperkt tot de bekendheid met petitoire aanspraken, doch moet aangenomen worden, waar, gelijk *in casu*, vaststaat, dat de kooper bekend was met het feitelijk gebruik, dat juist, in tegenoverstelling van regt, door de possessoire actie wordt beschermd."

„En om op grond van deze *middelen* te hooren vernietigen het tusschen partijen 5 Dec. 1883 gewezen arr. en den H.-R. alsnog het ingesteld appèl te hooren verklaren niet-ontvankelijk, hetzij dus te hooren bevestigen het in eersten aanleg door de regtb. te Arnhem 5 Apr. 1883 tusschen partijen gewezen vonnis, hetzij wel de zaak te hooren verwijzen, al naar de H.-R. in zijne prudentie zal vermeenen te behooren; kosten der drie instantien regtens."

Voor den Staat, verw., vertegenwoordigd door Mr. G. M. VAN DER LINDEN, advocaat, is daartegen de volgende conclusie genomen:

„A. als *middel* van cassatie tegen het arr. door het Geregthof te Arnhem op 5 Dec. 1883 tusschen partijen gewezen, wordt aangevoerd:

„I. schending en verkeerde toepassing van de a. 68, 69, 73, 74, 322 en 333 B.-R. en van a. 54 R.-O.;

„A. als *middel* wordt opgegeven, dat de eischer in cassatie, als excipient, geen gelijk heeft gekregen, maar zijn exceptie is afgewezen;

„A. de verw. ter beantwoording hiervan kan volstaan met de contra-stelling dat de exceptie teregt is afgewezen;

„A. de verw. voorts, onder verwijzing naar de gronden door het Hof aangevoerd, opmerkt:

„1° dat in de aangehaalde a. niets te vinden is, dat strijdt met de afwijzing der exceptie;

„2° dat tusschen de gemeente Mook en den Staat geen geschil was over bezitregt.

„II. schending en verkeerde toepassing van de a. 1527, 1528, 1531—1539, 585, 601, 606, 613—615, 618, 619 en 621 B.-W. en voor zooveel noodig van a. 130 B.-R., omdat de verkooper wel verpligt is den kooper te vrijwaren tegen alle petitoire aanspraken van derden, doch niet tegen eene possessoire vordering door den kooper beloopen, wegens feiten, ja, wegens gewelddadige ontzetting, meer dan een jaar na den koop door dezen ondernomen; en zooals er meer staat in de beschrijving van het *middel;*

„A. het *in facto* vaststaat, dat de gemeente Mook, als verkoopster, jegens den Staat, als kooper, tot vrijwaring gehouden is;

„A. het almede *in facto* is beslist dat, indien de vordering van den oorspronkelijken eischer werd toegewezen, de Staat het rustig en vreedzaam bezit van het gekochte, waarop hij als kooper tegenover zijnen verkooper regt had, zou missen wegens eene oorzaak anterieur aan de koop-overeenkomst;

„A. het besluit, daaruit door het Hof getrokken, dat de kooper regt heeft om zijn verkooper tot vrijwaring op te roepen, is allezins juist;

„en geen der aangehaalde a. iets bevatten, dat hiermede in strijd is;

„A. de eischer in cassatie inderdaad reageert tegen de feitelijke beschouwingen van den vorigen regter, — voorbijziende dat, al waren die minder juist — des neen — dan nog daarin geen schending of verkeerde toepassing der beklaagde a. gelegen zou zijn;

„Op deze gronden wordt voor den verw. geconcludeerd tot verwerping van het ingesteld beroep c. e."

In deze zaak heeft de Adv.-G. VAN MAANEN, namens den Proc.-G., de volgende conclusie genomen:

„Als *eerste middel* van cassatie is aangevoerd: schending van de a. 68, 69, 73, 74, 332 en 333 B.-R. en van a. 54 R.-O., omdat is afgewezen de exceptie van niet-ontvankelijkheid in hooger beroep van de vordering tot vrijwaring, incidenteel in eene possessoire procedure ingesteld.

„De Staat der Nederlanden is door zekeren V. D. H. voor de regtb. te Arnhem gedagvaard wegens stoornis in- en ontzetting uit zijn bezit van zekere landingsplaats en veerweg aan den regter Maasoever.

„De gemeente Mook, die aan den Staat had verkocht een stuk grond, waarop zich die landingsplaats en weg bevonden, werd door den Staat in vrijwaring geroepen, doch die vordering werd door de regtb. afgewezen, op grond 1° dat het gepretendeerde bezit reeds vóór den verkoop aan den Staat bestond en de Staat daarmede volkomen bekend was; 2° de Staat dat gebruik meer dan één jaar nadat de grond hem was overgedragen, heeft geduld en daarmede zijn regt tot in-vrijwaring-roeping heeft verwerkt.

„Op het appel hiervan door den Staat ingesteld is afgewezen de voorgestelde exceptie van niet-ontvankelijkheid, hierin bestaande, dat de vordering tot vrijwaring was eene accessoire vordering van de door V. D. H. ingestelde possessoire actie en mitsdien evenmin appellabel als de principale vordering zelve.

„Het Hof heeft die exceptie op grond van de 9e—14e overw. van het thans beklaagde arr. verworpen, en daartegen is dit *middel* gerigt.

„Het Hof zegt volkomen juist, dat volgens a. 73 B.-R. op de oorspronkelijke vordering en die in vrijwaring niet altijd te gelijk wordt regt gedaan, waaruit volgt dat het verband niet zoo naauw is, dat zij niet ook processueel zouden kunnen

worden gescheiden; maar dat is hier het geval niet; er is hier gedagvaard in vrijwaring in een geding over bezitregt, dat reeds hangende was.

„In dat geval vermeen ik met het arr. van den H.-R. van 22 Febr. 1850 (*N. Rspr.* XXXV, 45; v. D. HON., *B.-R.* XV, 280) dat een vonnis over de verpligting tot vrijwaring ter zake eener possessoire actie ingesteld niet vatbaar is voor hooger beroep.

„Het is juist, dat de gevorderde vrijwaring voortspruit uit eene persoonlijke verpligting, en dat in appel op de possessoire vordering geen uitspraak wordt gedaan, maar de band bij a. 74 B.-R. tusschen beide geschillen gelegd, maakt, dat de appellabiliteit van het in het incidenteel geschil gewezen vonnis geregeld wordt door die der hoofdzaak.

„Bovendien de 20e overw. van het arr., waarbij over den grond waarop de ingestelde principale vordering berust, wordt beslist, ter wederlegging van den tweeden grond van beslissing van het vonnis *a quo*, bewijst, dat de possessoire aard der vordering ook in dit tusschengeschil op de uitspraak van invloed was, en daarin is bewaard gebleven.

„De meening van het Hof dat het personele der incidentele actie haar van die over het bezitregt kon los- en daardoor appellabel maken, acht ik onjuist, omdat de beginselen omtrent de appellabiliteit der tusschengeschillen niet afhankelijk zijn van hun aard, maar van die der oorspronkelijke zaak, waarmede ze ten naauwste zamenhangen en een geheel vormen.

„Ook de geciteerde arrn van den H.-R. van 27 Jan. 1871 bewijzen dat de Raad vasthoudt aan het beginsel dat in annexe zaken alleen dezelfde regter behoort te beslissen.

„Nog is beweerd, dat geen der bij het *middel* aangehaalde a. zou zijn geschonden; maar zeer zeker is geschonden a. 54, n°4, R.-O., hetwelk zegt, dat de regtsvorderingen wegens bezitregt door de regtbn worden beslist in het hoogste ressort,

in verband met de andere aangehaalde a., die in hun onderling verband aantoonen, dat het vonnis over de vrijwaring in een possessoir geding ten onregte appellabel werd geoordeeld.

„Het *eerste middel* komt mij daarom gegrond voor.

„Het andere *middel* is aldus geformuleerd: schending en verkeerde toepassing van de a. 1527, 1528, 1531—1539, 585, 601, 606, 613—615, 618, 619 en 621 B.-W. en voor zooveel noodig van a. 130 B.-R., omdat de verkooper wel verpligt is zijn kooper te vrijwaren tegen alle petitoire aanspraken van derden, doch niet tegen eene possessoire vordering door den kooper beloopen wegens feiten, ja wegens gewelddadige ontzetting, meer dan een jaar na den koop door hem ondernomen, zonder dat daartegen iets afdoet, dat de eischer ten possessoire zich *in casu* heeft beroepen op een bezit van meer dan een eeuw, omdat de regter ten possessoire niet over eeuwigdurend bezit jugeert, doch reeds wegens annaal bezit moet toewijzen, en dus regtens onjuist is de beslissing van het Hof, dat de possessoire actie, werd zij bewezen, zou worden toegewezen wegens bezit van een eeuw en dus wegens bezit anterieur aan den koop, vermits immers, strekt men het begrip der evictie, waartegen de kooper te vrijwaren heeft, uit tot de possessoire actie dan ook de defensie, dat de kooper het gevaar van evictie heeft gekend, niet moet worden beperkt tot de bekendheid met petitoire aanspraken, doch moet aangenomen worden waar, gelijk *in casu*, vaststaat, dat de kooper bekend was met het feitelijk gebruik, dat juist, in tegenoverstelling van regt., door de possessoire actie wordt beschermd.

„Het eerste gedeelte van het *middel* betreft de 20° overw. van het arr.; het staat vast (overw. 2) dat de Staat den grond van den verw. op 2 Mrt. 1880 heeft gekocht, en dat hij dezen *twee* jaar later heeft gedagvaard tot vrijwaring wegens eene possessoire actie door een ander tegen hem ingesteld, en nu beweert de eischer in cassatie, dat de kooper zoodanige

actie niet tegen hem had, stellig niet na verloop van een jaar sedert den verkoop.

„Bij het arr. wordt daaromtrent beslist, dat de vordering van v. d. H. niet is gebaseerd op een bezit ontstaan sedert den koop, maar op een bezit van meer dan eene eeuw en dus lang vóór den koop aangevangen; dat, in geval dit wordt bewezen, de oorzaak van het missen van het vreedzaam bezit is *anterieur* aan het koopcontract en daarom de vordering in vrijwaring gegrond.

„A. 23 *C. de P. C.* bepaalde evenals onze wet (a. 614 en 621), dat de bezit-actiën moeten worden ingesteld binnen het jaar na de stoornis, maar hij voegde er bij: „par ceux qui pendant une année ou moins, étaient en possession paisible"; die laatste bepaling werd als niet passende in ons bezitregtstelsel niet overgenomen. CONINCK LIEFSTING, *Bezit-actiën*, bl. 327; Arr. H.-R. 5 Mrt. 1852 (*N. Rspr.* XLI, 152; v. D. HON., *B.-R.* XIV, 189), 21 Dec. 1855 (v. D. HON., *B.-R.* XX, 146, niet in de *N. Rspr.* opgenomen).

„Niet wegens dat eenjarig rustig bezit, maar omdat de possessoire actie binnen het jaar moet worden ingesteld is de verkooper na één jaar ter zake van possessoire actiën niet meer tot vrijwaring gehouden.

„De Staat had als kooper van den grond met landingsplaats en veerweg, toen daarvan na de aanvaarding gebruik werd gemaakt en dus eerst *ten zijnen opzigte* stoornis plaats had in *zijn* bezit, den verkooper in vrijwaring moeten roepen, maar dan binnen het jaar, omdat, indien eerst toen de stoornis was aangevangen, hij niet mogt verwerken het regt van den verkooper om *tempore utili* de bezit-actie in te stellen.

„Hij deed dit niet, hij bleef dat gebruik twee jaar dulden, en afgescheiden dus van het vroeger gebruik, hetwelk eene zaak buiten hem was, verwerkte hij daardoor zijn eigen regt tot vrijwaring; mij komt de overweging van het vernietigde vonnis der regtb. op dat punt geheel juist voor.

„Het Hof en de verw. beweren, dat vermits de oorzaak van het missen van het bezit anterieur was aan het koopcontract, de verkooper tot vrijwaring gehouden was, en daarbij is een beroep gedaan op POTHIER, *Contr. de vente* n° 87: „le vendeur est tenu des évictions, dont il y avait une cause „ou du moins un germe existant dès le temps du contrat „de vente." Daargelaten, dat het woord „germe" hier vaag is (LAURENT XXIV, n° 221), zoo moet worden opgemerkt, dat waar het geldt stoornis in het bezit, het tijdstip waarop die is aangevangen den kooper onverschillig is en onbekend kan zijn, en hij juist daarom binnen het jaar in vrijwaring moet roepen, wil hij zelf niet met eene bezit-actie worden besprongen, wat hij dan aan zich zelven te wijten heeft.

„Zeker bedoelt a. 1527 niet, de vrijwaring in het rustig en vreedzaam bezit in het oneindige te laten voortduren.

„De grond, waarop het Hof deze defensie afweert, komt mij onjuist voor; m. o. doet het niet af, of de actie *gebaseerd* is op onheugelijk bezit, omdat eenvoudig is gevorderd *herstel en handhaving in het bezit*, niet eene beslissing dat V. D. H. een *immemorialen tijd in het bezit was*, hetwelk gelijk zou staan met eene petitoire actie.

„De aard der vordering verandert niet door den grond, die tot staving er van is bijgebragt, en het Hof heeft dien grond met het karakter der actie verward (verg. behalve het aangehaalde arr. van het Hof van cassatie van 19 Apr. 1869, DALLOZ, in voce *Action poss.* n° 729, 740 en 742; POTHIER, *Prescription* n° 278 volg.)

„Daardoor heeft het de bij a. 1527 B.-W. toegekende vrijwaring in rustig en vreedzaam bezit in strijd met de wet uitgestrekt tot iedere stoornis, die reeds bestond voor de koopovereenkomst en daarna meer dan een jaar is blijven voortduren; onverschillig toch is het, of de stoornis voor of na den koop plaats had, maar voor de stoornis, die de kooper van zijn standpunt als eigenaar ondervond, had hij

binnen het jaar in vrijwaring moeten roepen, als wanneer de quaestie over het bezitregt op landingsplaats en veerweg tusschen v. d. H. en de gemeente Mook zou zijn uitgevochten.

„M. o. zou daarom dit gedeelte van het *middel* c. q. gegrond zijn.

„Het tweede gedeelte van het *middel* betreft de wetenschap bij den kooper, dat hij ten tijde van den koop het gevaar van uitwinning heeft gekend. In het midden kan worden gelaten de vraag, of bij de acte eene speciale vrijwaring, *une clause formelle de garantie*, zooals Aubry en Rau (IV, 382, noot 47) het noemen, tegen een bepaald punt moet worden opgenomen, om den verkooper aansprakelijk te doen zijn, dan wel of eene algemeene garantie, mits in de acte bepaald uitgedrukt, voldoende is. Gaat nu de bewering der eisch^sss^ op, dan moet nog *in facto* worden beslist of, en zoo ja, welke garantie de verw. had bedongen.

„Eischers stelling is, dat het bij de 19^e^ overw. overbodig geachte onderzoek naar de bedongen vrijwaring wel degelijk noodig ware geweest, omdat de door het Hof bij de 17^e^ en 18^e^ overw. aangenomen bekendheid van den kooper met het feit, dat van landingsplaats en veerweg door v. d. H. gebruik werd gemaakt, voldoende is tot de bij de wet gevorderde wetenschap van het gevaar, omdat gezegd feit door de possessoire actie wordt beschermd.

„Daarmede kan ik mij niet vereenigen.

„Bezit is wel een feit, dat zich door derden openbaart, maar daaruit volgt niet, dat alle dergelijke daden *per se* medebrengen, dat de dader handhaving in het bezit zal vorderen.

„Het gebruik van landingsplaats en veerweg behoefde geenszins gepaard te gaan met des gebruikers meening, dat hij daarom van een en ander bezitter was, en ten gevolge te hebben dat hij eene possessoire actie zou instellen.

„Daarom vordert het Hof m. o. teregt dat bij den kooper

de wetenschap van minstens een beweerd regt op den verkochten grond tijdens den koop moest bestaan en *in facto* is beslist, dat hij die niet bezat.

„Dit onderdeel van het *middel* acht ik daarom ongegrond.

„Ik heb de eer te concluderen tot vernietiging van het tusschen partijen gewezen arr. van 5 Dec. 1883 en dat de H.-R. alsnog het ingesteld appel zal verklaren niet-ontvankelijk en mitsdien zal bevestigen het in eersten aanleg door de regtb. te Arnhem 5 Apr. 1883 gewezen vonnis, met veroordeeling van den verw. in de proces-kosten."

ARREST. — De H.-R. d. Ned. — Op het beroep van, enz.;

„O. dat als *eerste middel* van cassatie is voorgesteld: schending en verkeerde toepassing van de a. 68, 69, 73, 74, 332 en 333 B.-R. en van a. 54 R.-O., omdat is afgewezen de exceptie van niet-ontvankelijkheid in hooger beroep, van de vordering tot vrijwaring incidenteel in eene possessoire procedure ingesteld;

„O. te dien aanzien, dat de nu verw. is gedagvaard door zekeren J. R. v. D. H., grondeigenaar, wonende te Katwijk, gem. Linden, ter zake van stoornis in, en ontzetting uit het bezit van het zoogenaamde regt van veer op de rivier de Maas, onder Mook en Middelaar, en van de strook gronds van perceel sectie A, n° 1560, onder genoemde gemeente als veerweg bestaande;

„O., dat de verw. den nu eischer in cassatie te dier zake heeft opgeroepen in vrijwaring;

„O., dat bij het vonnis des eersten regters de vordering tot vrijwaring aan den nu verw. is ontzegd;

„O., dat bij het bestreden arr. het door den nu eischer voorgestelde *middel* van niet-ontvankelijkheid van het tegen dat vonnis door den verw. ingesteld hooger beroep is verworpen;

„O., dat de vordering tot vrijwaring niet is eene oorspronkelijke en op zich zelve staande, maar eene accessoire vordering in eene principale zaak;

„O. dat zij dus ten naauwste met die principale zaak te zamen hangt, zoodat naar a. 74 B.-R., zij die ter zake van vrijwaring gedagvaard zijn, zullen gehouden zijn te procedeeren voor den regter voor wien de oorspronkelijke zaak aanhangig is;

„O., dat derhalve de bevoegdheid des regters om over de vrijwaring uitspraak te doen, afhankelijk zijnde van zijne bevoegdheid om in de oorspronkelijke zaak regt te spreken, hieruit van zelf volgt, dat ook de al of niet vatbaarheid voor hooger beroep van het over de vrijwaring gewezen vonnis, van de hoofdzaak is afhankelijk, en dat het in de hoofdzaak te wijzen vonnis niet voor hooger beroep vatbaar zijnde, ook door den regter over de vrijwaring in het hoogste ressort wordt beslist;

„O., dat vermits de oorspronkelijke zaak in deze was een possessoir geding, waarover de regtb. in het hoogste ressort had te beslissen, ook de over de vrijwaring gegeven beslissing niet aan hooger beroep was onderworpen, en het Hof mitsdien ten onregte de exceptie van niet-ontvankelijkheid heeft verworpen;

„O., dat alzoo het *eerste middel* van cassatie is gegrond en hiermede het onderzoek van het *tweede middel* vervalt;

„Vernietigt het bestreden arr. 5 Dec. 1883 door het Geregtshof te Arnhem tusschen partijen gewezen;

„Verklaart alsnog het tegen het op 6 Apr. 1883, door de arr.-regtb. te Arnhem tusschen partijen ingesteld hooger beroep niet-ontvankelijk;

„Veroordeelt den verw. in de kosten in hooger beroep en in cassatie gevallen."

N° 1925. — Arrest van 2 Januarij 1885.

(A. 1195, n° 1, B.-W.)

Behooren de kosten tot failliet-verklaring aangewend, tot de kosten van uitwinning en boedelredding, in a. 1195, *n°* 1, *B.-W. bedoeld?* — Ja.

De Proc.-G., mr. RÖMER, heeft in deze zaak de volgende conclusie genomen:

„Tegen het vonnis der regtb. te Amsterdam 11 Apr. 1884 tusschen partijen gewezen, wordt *één middel* van cassatie aangevoerd: schending en verkeerde toepassing van a. 1195, n° 1, B.-W., in verband met a. 1180 en 1178 *ibid.* en met a. 767, 787, al. 1, 851 volg., a. 863 K., de a. 5—8 der wet van 10 Mei 1837 en a. 402 Sv, doordien de regtb. de kosten van failliet-verklaring door een schuldeischer gemaakt bij- en ter gelegenheid van het indienen van een requeet tot failliet-verklaring van zijn schuldenaar, heeft beschouwd als geregtskosten, uitsluitend door boedelredding veroorzaakt, en alzoo als bevoorregt krachtens a. 1195 B.-W.

„Uit de omschrijving van het *middel* blijkt, dat slechts bedoeld kan zijn verkeerde toepassing van a. 1195 voornoemd.

„Volgens den eischer in cassatie is er op het oogenblik van de aanvrage tot faillissement, nog geen *boedel*, omdat deze eerst bestaat *na* het vonnis van failliet-verklaring en er is evenmin *boedelredding*, omdat daaronder niets anders is te verstaan dan *vereffening des boedels*, hoedanige slechts plaats heeft in het geval voorzien in a. 851 K.

„Beide beweringen zijn uitvoerig in het beklaagde vonnis behandeld. De regtb. betoogt uit verschillende wetsbepalingen dat het woord *boedel* reeds vóór de insolvent-verklaring wordt gebezigd ter aanduiding van het tengevolge van het faillissement in een bijzonderen toestand verkeerend collectief vermogen, dat ten bate der gezamenlijke crediteuren strekt; een toestand die ontstaat door het ophouden der betalingen, en door de failliet-verklaring wordt geconstateerd; terwijl door het woord *redding* van den *boedel* kan worden verstaan al datgene wat geschiedt om te behouden, wat er nog is, maar gevaar loopt verloren te gaan.

„Ik houd die beslissing voor juist. Het woord *boedel* is algemeen, en drukt uit al het bezit, al het roerende goed,

het collectief vermogen; zoo zegt a. 767 K., dat de *boedel* van een koopman in staat van faillissement kan worden verklaard; volgens HOLTIUS, 2e uitg., bl. 83, moet de regtb. met den meesten spoed op de aanvrage beslissen voor het behoud van den boedel; en uit het voorschrift der wet, dat het faillissement aanvangt op den dag van de inlevering van het request, vloeit voort, dat de toestand van den boedel, door het vonnis geconstateerd, reeds bestond op dat oogenblik, en er termen zijn om dien boedel onder geregtelijk toezigt te brengen.

„En nu ligt zeker in het woord *boedelredding* in de eerste plaats het begrip opgesloten van kosten, die gemaakt worden in het belang van den boedel. Onder de Fransche wet waren de *frais de justice* niet nader omschreven; verg. a. 2101, n° 1, met a. 801 *C.-C.;* maar algemeen was aangenomen dat daartoe slechts die kosten konden worden gebragt „*qui ont été exposés dans l'intérêt commun des créanciers*" en daarom werd het privilegie geweigerd, wanneer de geregtskosten slechts gemaakt waren in het voordeel van een crediteur. DALLOZ, voce *Privilège* noemt als bevoorregt de „*frais de justice indispensables pour „arriver à la réalisation du gage commun*, *dans l'intérêt de tous „les créanciers*" n°s 131, 133, 148, 153 in voce *Faillite et banqueroute* n° 1046, 1051.

„Wanneer nu de koopman, die *facto* failliet is doordat hij heeft opgehouden te betalen, niet voldoet aan zijne verpligting om den boedel te brengen onder geregtelijk toezigt, en de overige crediteuren stilzitten, dan handelt de crediteur, die het vonnis uitlokt, in het belang van allen door eene mogelijke dilapidatie der goederen, en verduistering of verandering der boeken, door het geregtelijk toezigt te voorkomen. LAURENT, *C.-C.*, T. XXIX, 384, leert uitdrukkelijk: „*Parmi ces frais et dépens il faut comprendre non seulement ceux de gestion proprement dite*, *mais avant tout ceux qui ont du être faits pour la déclaration de la faillite*".

„Er moet gelet worden op de strekking der geregtskosten,

niet op den uitslag van de handeling; de opmerking, dat het faillissement niet altijd is in het belang van de massa, doet niets ter zake en daarbij mag niet uit het oog worden verloren, dat de schuldenaar wordt opgeroepen, en dat, wanneer hij kan aantoonen dat de failliet-verklaring niet zou zijn in het belang van den boedel, het request zal worden afgewezen.

„Wat nu betreft het beroep op de geschiedenis van het artikel bij VOORDUIN, IV, 402 en 394, zoo heeft de regtb. zeer juist overwogen, dat het begrip van *boedelredding* hier minder is ter sprake gekomen dan wel de vraag, of die kosten moesten gaan boven *pand* en *hypotheek*.

„Ook met het oog op die regtsvraag en op a. 1185 B.-W. is het woord *uitsluitend* in a. 1195 *ibid* opgenomen.

„Wat aangaat eene andere bewering, nl. dat die kosten dan behooren te worden gebragt onder die van den curator welke bevoorregt zijn volgens a. 863 K., zoo is het mogelijk dat zulks in de praktijk geschiedt, maar ik geloof, dat bij het vonnis teregt is overwogen, dat dit a. slechts den rang regelt waarin die kosten zullen worden geplaatst.

„Ik moet ten slotte nog wijzen op eene andere beslissing van de regtb. te Amsterdam, dd. 23 Junij 1869 (*Weekbl.* n° 3146), waarbij de regtsvraag in tegenovergestelden zin is beslist, op grond dat, al kon worden aangenomen dat faillissement zoowel uitwinning als boedelredding in zich sluit, dan nog het verkrijgen van een vonnis slechts daartoe zou leiden, maar op zich zelve geen *boedelredding* zou zijn. Ik geloof niet, dat die fijne onderscheiding in het artikel gelegen is; maar de verdere beslissing van de regtb., dat de kosten zouden geacht kunnen worden geprivilegiëerd te zijn op grond van a. 1185, n° 4, als gestrekt hebbende tot het behoud der *zaak*, komt mij in ieder geval onjuist voor. Het faillissement betreft niet zekere bepaalde goederen, maar den geheelen boedel van den koopman die zijne betalingen heeft gestaakt.

„Ik houd de voorziening voor ongegrond en heb de eer

te concluderen tot verwerping en veroordeeling van den eischer qq. in de kosten."

ARREST. — De H.-R. d. Ned. — Op het beroep van, enz.;

„O., dat als *eenig middel* van cassatie is voorgesteld: schending en verkeerde toepassing van a. 1195 (al. 1 en n° 1) B.-W., in verband met de a. 1180 en 1178 van dat wetb., de a. 764, 787, al. 1, 851 en volg. en a. 863 K., de a. 5, 6, 7 en 8 der wet van 10 Mei 1837, *St.* n° 21, j° a. 402 S', doordien de regtb. de kosten van failliet-verklaring (waarmede blijkbaar bedoeld zijn de geregtskosten door eenen schuldeischer gemaakt bij en ter gelegenheid van het indienen van een request tot failliet-verklaring van zijnen schuldenaar) heeft beschouwd als geregtskosten, uitsluitend veroorzaakt door boedelredding en alzoo als bevoorregt krachtens a. 1195, n° 1, B.-W.;

„O., dat mitsdien bij dit *middel* wordt beweerd verkeerde toepassing van a. 1195, n° 1, B.-W. en wel voornamelijk omdat op het oogenblik van de aanvrage tot failliet-verklaring nog geen boedel bestaat, en dus de kosten door die aanvrage veroorzaakt, niet kunnen zijn kosten van „boedelredding";

„O., dat alle roerende en onroerende goederen des schuldenaars strekken tot gemeenschappelijken waarborg zijner schuldeischers en dus te zamen uitmaken zijnen „boedel", met welk woord de wet die goederen herhaaldelijk aanduidt, bepaaldelijk in geval van faillissement, b.v. in de a. 768, 2e lid, 772, 773, 778 en andere;

„O., dat de kosten van uitwinning en boedelredding, waaraan bij a. 1195, n° 1, een voorregt zelfs boven pand en hypotheek wordt toegekend, zijn al die kosten welke aangewend worden tot geldigmaking van het regt, aan de schuldeischers bij de wet toegekend, op de goederen huns schuldenaars, hetzij zij dat regt gezamenlijk of afzonderlijk uitoefenen;

„O., dat ingeval van faillissement de gezamenlijke schuldeischers den boedel van hunnen schuldenaar in beslag nemen om daaraan hunne vorderingen te verhalen, en dat derhalve

de kosten die noodzakelijk zijn om daartoe te geraken, zonder twijfel behooren tot de kosten van uitwinning en van boedelredding, in a. 1195, n° 1, bedoeld;

„O., dat tot die noodzakelijke kosten in de eerste plaats behooren de kosten gemaakt om de gemeenschappelijke aantasting van de goederen des schuldenaars mogelijk te maken, de kosten van failliet-verklaring, en wel zeer zeker die, welke een schuldeischer gemaakt heeft, die, omdat zijn schuldenaar zijne verpligting om zijne geldelijke ongelegenheid aan den regter kenbaar te maken niet nakwam, zelf de failliet-verklaring heeft verzocht en dus de uitwinning en boedelredding ten bate van crediteuren heeft mogelijk gemaakt;

„O., dat het *middel* van cassatie mitsdien is ongegrond;

„Verwerpt de voorziening;

„Veroordeelt den eischer qq. in de kosten, in cassatie gevallen."

N° 1926. — Arrest van 8 Januarij 1885.

(A. 1402 B.-W.; a. 7, 18, 61 en 62 van het Alg. Regl. van 5 Febr. 1879, *St.* n° 80.)

Is de Staat, werken aanleggende in eene voor ieder toegankelijke haven, evenals een bijzonder persoon, volgens a. 1402 *B.-W. verpligt de schade te vergoeden, welke hij daarbij door nalatigheid of onvoorzigtigheid in de constructie veroorzaakt?* — JA.

Is de Staat als met het onderhoud belast en het toezigt uitoefenende op de haven, ook verpligt de schade te vergoeden die gevolg is van nalatigheid in dat onderhoud? — JA.

De Staat der Nederlanden werd 23 Jan. 1883 gedagvaard door 1° de Schweizerischer Lloyd, gevestigd te Winterthur en 2° het Mainzer Schleppdampfschiffahrts-Verein, gevestigd te Mainz, beiden ten deze domicilie kiezende ten kantore van Mr. A. M. VAN STIPRIAAN LUÏSCIUS, advocaat en procureur bij den H.-R der Ned., ten einde:

„A. het schip „*Mainz* 16," kapitein J. S., toebehoorende aan den 2ⁿ eischer, met volle lading, bestaande uit boonen, vaten terpentijn, vaten lijnolie en koffij, 29 Dec. 1880, 1 u. nam., uit het dok te Antwerpen is gesleept, met bestemming naar Mainz;

„A. dat schip dien dag des avonds omstreeks 5 ure in de haven van Hansweert is gekomen en (men niet kon binnen schieten, dewijl des avonds geen inklaring plaats heeft) het schip alstoen volgens aanwijzing van een der sluisbeambten, behoorlijk is vastgemeerd aan den tweeden en derden der aldaar aanwezige duc d'alven;

„A. het schip in den daarop gevolgden nacht te midden van hevigen storm is bekneld geraakt tegen de duc d'alven, niettegenstaande er twee wrijfhouten tusschen het schip en de duc d'alven hingen;

„A. daarop omstreeks half 3 ure in dien nacht is ontdekt dat er water in het schip kwam;

„A. niettegenstaande alle daartegen aangewende pogingen het schip in de diepte is weggezonken;

„A. nader is ontdekt dat het schip was lekgeslagen tegen den bovensten ijzeren bout der voorste schoorpaal van de twee duc d'alven, welke bout 7 cM. uit den kop der schoorpaal uitstak en, langs den bovenkant gemeten, 2 cM. van de paal was afgeweken;

„A. dan ook tusschen de vierde en vijfde spant aan stuwboordzij een gat in de buitenhuid van het schip is geconstateerd, aanvangende 1.31 M., uit het dek gemeten, ter lengte van 1.08 en ter breedte van 4 tot 13 cM., alsmede het ijzer naar binnen gekruld;

„A. bij nader onderzoek van het schip is bevonden:

„in het voorruim 8 spanten gebroken, 7 lange en 12 korte balken van de zijde los gescheurd en gebroken, buikdenning gedeeltelijk weg, roosterwerk in de zijde gehavend en gebroken, 26 ijzerverbindingen van de balken met de zijden uitgescheurd;

„in het groot ruim 27 spanten gebroken, 9 lange en 30 korte balken losgescheurd, buikdenning gedeeltelijk weg, roosterwerk in de zijden gebroken, 54 ijzeren verbindingen van de balken met de zijden uitgescheurd, 3 waterdigte schotten van de zijden losgescheurd en gehavend, een ijzeren verbindingstang van de bolders uitgescheurd, beschieting van de kajuit ontzet en gehavend, het dek over drie vierden van de lengte losgerukt, gebroken en gehavend, hoofdvoorluik gebroken, waterklossen aan beide zijden opgeligt en gehavend, stuurstoel uit elkander gerukt en lantaarns van de kajuit gehavend, groote mast gebroken, anker-lierkop afgebroken, twee houten hokken beschadigd; aan bakboordzijde buiten boord de reeplaat geheel verbogen en gaten uitgescheurd, 3 zijplaten gescheurd, een plaat in het voorschip beschadigd, ijzeren berghouten aan beide zijden gebogen; aan de stuurboordzijde 4 platen gescheurd, een kimplaat gescheurd, de achterste kielplaat ingedeukt, achtersteven beschadigd en 6 looden spijgaten afgescheurd, het loopend touwwerk gehavend en gedeeltelijk verloren, eenige blokken gebroken en weg, bakstagen der beide masten gebroken, één manillatros, één staaldraadtros en verscheidene werplijnen gebroken en gedeeltelijk verloren, kettingstroppen, kurkenzakken en een groot gedeelte der kajuitsinventaris verloren;

„A. dit ongeval aan den 2n eischer heeft veroorzaakt belangrijke schade, en wel

„*a* schade, verhaalbaar op haren assuradeur, den 1n eischer, namelijk:

„averij particulier van het schip, volgens dispache *f* 4969.01; aandeel van het schip in avarij gros, volgens dispache *f* 1267.80; salaris van den expert J. H., met telegrammen en porto's *f* 77.40½; transport van stukken *f* 1.38½; te zamen *f* 6315.60;

„*b* schade blijvende ten laste van den 2n eischer, namelijk:

„het als zoodanig bij de dispache aangewezen totaal van *f* 2524.48, winstderving wegens gemis van het schip gedurende de reparatie sedert 31 Dec. 1880 en 9 Mei 1881, dus ge-

durende 129 dagen, berekend tegen *f* 20 per dag, maakt *f* 2580; te zamen *f* 5104.48;

„A. de Staat, die zijn havenwerk te Hansweert zoo hoogst gevaarlijk voor de scheepvaart inrigtte, en onder zijn beheer, toezigt, opzigt en verantwoordelijkheid in dien toestand liet bestaan, dat zich aan een duc d'alve waaraan voormeld schip op aanwijzing van een van staatswege aangestelden sluisbeambte moest worden en is vastgemeerd, een uitstekende ijzeren bout bevond, gelijk hiervoren is gerelateerd, — verkeerde in schuldverzuim, nalatigheid en onvoorzigtigheid, die ook in verband met de aanwijzing van zijnen bedoelden beambte, voor wiens *culpa* hij mede is verantwoordelijk, den Staat aansprakelijk maakte voor de daardoor veroorzaakte schade;

„A. blijkens 1° de polis der verzekering op het casco en de kiel met toebehooren van voormeld schip *Mainz* 16 van den 1n eischer, ten behoeve van den 2n eischer, in d° Rotterdam 16 Oct. 1880, zijnde geregistreerd enz.; en 2° de acte door den 2n eischer geteekend in d° Mainz, 29 Sept. 1882, waaruit blijkt, dat de 1e eischer, als assuradeur, ter zake voorschreven aan zijnen geassureerde, den 2n eischer, heeft vergoed voormeld schadecijfer van *f* 6315.60, en voor dit bedrag de regten van den 1n eischer heeft verkregen, zijnde deze acte geregistreerd, blijkens enz., — en welke beide stukken, met overgave van afschriften, bij exploit van mij, deurwaarder, van 7 Dec. 1882, aan den nu gedaagde zijn beteekend, — de 1e eischer is geregtigd met den 2n tegen den gedaagde op te treden;

„bij arr. van den H.-R. der Ned. zich te hooren veroor„deelen om aan de eischers de hiervoren omschreven schade „te vergoeden en daartoe hun te betalen, wat betreft den 1n „eischer, een bedrag van *f* 6315.60, en wat betreft den 2n „eischer, een bedrag van *f* 5104.48, beide sommen met de „renten daarvan sedert heden, of zoodanige andere bedragen „als de H.-R. zal oordeelen de schade te bedragen, alles

„met veroordeeling van den gedaagde in de proces-kosten."

Voor den Staat, hebbende tot procureur Mr. C. J. FRANÇOIS, is hierop geantwoord:

„A. bij dagvaarding wordt beweerd, dat het schip „*Mainz* 16", op 29 Dec. 1880 door den schipper S. is vastgemeerd aan den tweeden en derden duc d'alf in de buitenhaven van Hansweert *volgens de aanwijzing* van een beambte der sluis te Hansweert;

„dat het schip in den nacht van 30 Dec. daaraanvolgende gezonken is, tengevolge van een lek, dat het schip zou hebben bekomen door een uitstekende bout aan den schoor van den tweeden duc d'alf;

„en de Staat voor de schade van het zinken aansprakelijk is;

„A. door gedaagde niet wordt erkend, dat het zinken van de *Mainz* aan dien beweerden bout te wijten is;

„A. dat, wanneer er een bout uitstekend is geweest, in dier voege als de eischer beweert, de eischer daartegen maatregelen had moeten en kunnen nemen;

„A. de *Mainz* zich heeft gemeerd *in strijd* met de hem gegeven aanwijzingen; *in strijd* met het Alg. Regl. van 5 Febr. 1879, *St.* n° 30;

„A. eindelijk de Staat in rivier- of rijkshavens plaatst en inrigt duc d'alven, zoo als hij dat noodig en nuttig acht, doch deswege aan niemand ten civiele verantwoordelijk is;

„A. hij, die van rijks-inrigtingen zich wil bedienen, voor zijn eigen daden verantwoordelijk is;

„A. ten slotte, de Staat voor de gevolgen van hevige stormen niet aansprakelijk is;

„Zoo concludeert Mr. C. J. FRANÇOIS qq. tot niet-ontvankelijk-verklaring, immers tot ontzegging der ingestelde vordering, met veroordeeling van de eischers in de kosten."

Voor de eischers is voor repliek gezegd:

„dat zij bij dagvaarding stelden, dat de *Mainz* 16 is lek geslagen tegen den bovensten ijzeren bout der voorste schoor-

paal van den tweeden duc d'alve in de haven van Hansweert;

„dat de gedaagde bij antwoord wel zegt, dat feit niet te erkennen, maar het niet bepaald ontkent;

„dat mitsdien dit feit is onbetwist en daarom als ten principale vaststaande moet worden aangemerkt;

„dat, al had de gedaagde voormeld feit ontkend, dit niettemin volkomen zou zijn bewezen door de stukken, welke ten overvloede bij de tegenwoordige schrifturen worden geproduceerd en als zoodanig aan den voet daarvan worden vermeld;

„dat na deze productie de gedaagde nu nog ten overvloede wordt gesommeerd zich stellig te verklaren of hij voormeld feit erkent, of stellig ontkent, zullende het niet stellig ontkende worden geacht ten processe vast te staan, terwijl de eischers zich ten aanzien van het door gedaagde stellig ontkende elk bewijs-aanbod reserveren;

„dat de gedaagde voorts aanvoert dat de eischers tegenover den uitstekenden bout maatregelen hadden kunnen en moeten nemen;

„dat door de eischers gesteld en door gedaagde niet betwist vaststaat en bovendien door des eischers productie is bewezen, dat de schipper twee wrijfhouten tusschen het schip en den duc d'alve had doen hangen;

„dat de gedaagde zelf niet *zegt*, *welke andere* maatregelen de eischers (?) hadden kunnen en moeten nemen tegenover den, hun en den schipper onbekenden, uitstekenden bout;

„dat de gedaagde verder aanvoert, dat de *Mainz* 16 zich heeft gemeerd in strijd met de hem gegeven aanwijzingen en in strijd met het Alg. Regl. van 5 Febr. 1879, *St.* n° 30;

„dat de regelen eener goede proces-orde, in wier betrachting de Staat der Ned. behoort voor te gaan, medebrengen dat de dingtalen niet bevatten raadselen, met wier oplossing de wederpartij wordt gesurpreneerd bij pleidooi, wanneer de gelegenheid tot productie of bewijsaanbod is verstreken;

„dat mitsdien de gedaagde wordt *gesommeerd duidelijk* op

te geven, met *welke* bepaalde aanwijzingen en met *welke* bepaalde voorschriften van voormeld Regl. de *Mains* 16, volgens hem, gedaagde, zou hebben gehandeld in strijd, — bij gebreke van onvoorwaardelijke voldoening aan welke sommatie de gedaagde zal worden geacht het beweren van bedoelden strijd te laten varen;

„dat de gedaagde voorts aanvoert, dat hij in havens duc d'alven plaatst naar zijn welbehagen; dat hij, die van rijksinrigtingen zich wil bedienen, voor zijne eigene daden verantwoordelijk is, en dat de Staat niet aansprakelijk is voor de gevolgen van hevige stormen;

„dat gelijk de schipper, aan wien echter *in casu* geenerlei *culpa* is te wijten, zoo ook de gedaagde voor eigen daden, verzuim, nalatigheid en onvoorzigtigheid is verantwoordelijk;

„dat hierom de gedaagde — schoon onverpligt een haven aan te leggen, — echter, indien hij een haven voor het publiek openstelt, aansprakelijk is wegens den gevaarlijken toestand, waarin hij aldaar een duc d'alve inrigtte, of waarin hij hem, nadat deze in dien toestand was geraakt, liet bestaan;

„dat zulks bepaaldelijk het geval is waar, gelijk hier, de toestand is van dien aard, dat schepen de schade niet kunnen voorkomen bij hevige stormen, vermits deze toch niet zijn ongewone zaken, maar zaken, waarmede de eigenaar van een havenwerk heeft rekening te houden;

„dat alle verdere *posita* der dagvaarding zijn onbetwist en mitsdien ten processe vaststaan;

„En verklaart mitsdien Mr. A. M. VAN STIPRIAAN LUÏSCIUS, als proc. der eischers, dat deze persisteren bij de door hen ingestelde vordering."

[Bij deze conclusie werden door de eischers, onder aanbod van afschrift of visie overgelegd (onverminderd de stukken den gedaagde reeds vroeger medegedeeld, een zestal justificatoiren, als: scheepsverklaring *Mains* 16, dd. 30 Dec. 1880; aanvulling van deze, dd. 3 Jan. 1881; request tot benoeming

van deskundigen, met beschikking van den kntr. te Goes, dd. 30 Dec. 1880; proces-verbaal van eedsaflegging der deskundigen, dd. 30 Dec. 1880; rapport der deskundigen dd. 5 Febr. 1881, en akte van depôt van het rapport der deskundigen dd. 7 Febr. 1881.]

Voor den gedaagde is hierop nog de volgende conclusie genomen:

„I. A. de eischers bij repliek zeggen het feit, „dat het „ligterschip *Mainz* 16 is lek geslagen tegen den bovensten „ijzeren bout der voorste schoorpaal van den duc d'alf in de „haven van Hansweert, te mogen vaststellen als *erkend feit*, „dewijl de gedaagde uitdrukkelijk gezegd had, dat feit *niet „te erkennen;*"

„A. de eischers deze bij uitnemendheid logische redenering niet best vertrouwende, den gedaagde sommeren dat feit bepaaldelijk te *erkennen* of te *ontkennen*, op grond van zes bij repliek in het geding gebragte stukken;

„A. mitsdien die stukken naar het eigen oordeel der eischers zelven, dat feit *niet bewijzen;*

„A. die stukken niets nieuws opleveren, uithoofde die, welke gemerkt zijn met letters f, g en i, alleen loopen over formaliteiten, en de inhoud van de andere drie reeds bij de averij-rekening is opgenomen;

„A. al die omhaal veilig achterwege had kunnen blijven, dewijl 1° het van zelf spreekt, dat de gedaagde wèl kan weten, dat twee jaar geleden in een December-nacht een schip gezonken is in de haven van Hansweert, maar niet kan weten of het schip gezonken was ten gevolge van een bovensten bout van den schoorpaal van duc d'alf n° 2, en dewijl 2° de verdediging van gedaagde gerigt was tegen het feit, zooals het door de eischers wordt gesteld;

„II. A., dat, wierd bewezen dat op 30 Dec. 1880 een ijzeren bout werd bevonden, 7½ cM. buiten den bedoelden schoorpaal te hebben uitgestoken, dit nog geen bewijs zou

zijn, dat des avonds van den vorigen dag die bout 7½ cM. buiten den paal uitstak;

„A. toch in het oog dient te worden gehouden, dat in den avond van 29 Dec. 1880 nog 4 of 5 andere schepen aan de *Mainz* werden vastgemaakt, en die zware massa schepen gedurende meer dan half etmaal onder harden storm tegen den duc d'alf heeft liggen aan rammeijen;

„A. in de conclusie der eischers wel gesproken wordt van twee wrijfhouten, die buiten boord zouden hebben gehangen, maar noch zoodanig wrijfhout, in natura, noch beschrijving, noch teekening daarvan ten processe wordt overgelegd, hetgeen wel noodig schijnt, nu de eischers beweren dat, met die houten al het mogelijke en noodige verrigt is, terwijl het naar des gedaagdes meening van zelf spreekt dat anders had moeten zijn gehandeld, dan schijnt gedaan te zijn, vooral terwijl men te doen had met een lang, dun en oud ligterschip;

„A. het daarom ook wel van belang zou zijn dat de afmetingen van het schip waren opgegeven;

„III. A. de eischers den gedaagde sommeren om inligtingen te geven „met welke bepaalde aanwijzingen en met welke bepaalde „voorschriften de *Mainz* 16 in strijd zou hebben gehandeld";

„A. de eischers dit doen niet alleen op eene wijze die door bevalligheid van vorm zeer uitmunt, maar tevens bewijst, dat de eischers den steller der conclusie niet goed hebben ingelicht, of dat hij vraagt naar den bekenden weg;

„A. toch volgens eigen *positum* der eischers, het schip is gemeerd aan den 2ⁿ en 3ⁿ duc d'alf en dus is gemeerd (in strijd met a. 7, 18, 61, 62 van het Alg. Regl. van 5 Febr. 1849) *binnen* de stoppalen;

„A. om alle onzekerheid tusschen partijen onmogelijk te maken, bij dezen wordt overgelegd een situatie-teekening en worden de eischers alsnu gesommeerd de juistheid daarvan te ontkennen of te erkennen;

„A. aan de *Mainz* van wege de sluiswacht aanwijzing of

last is gegeven om te meeren aan dne d'alv 3 en 4, en de eischers worden gesommeerd dat feit te erkennen of te ontkennen;

„A. bij niet bepaalde ontkentenis, zoowel dit feit als de juistheid der teekening zullen worden gehouden voor erkend;

„en bij ontkentenis de gedaagde concludeert, dat mogt de H.-R. dit noodig oordeelen, dan, — alvorens regt worde gedaan — de gedaagde zal worden toegelaten ook door getuigen te bewijzen èn het bovengemeld geven van aanwijzing, èn de juistheid der situatie-teekening; tenzij de H.-R. voor dit laatste eene opneming *in loco* meer verkieselijk moge achten;

„IV. A. de gedaagde betwist de juistheid en gegrondheid van der eischeren redenering over de verpligting van den Staat, en overigens zich gedraagt aan zijn vorig antwoord;

„A. ten slotte de eischers ietwat voorbarig aannemen, dat door gedaagde is erkend al wat de eischers in hunne dagvaarding hebben gelieven neer te schrijven, dewijl de gedaagde dat niet ontkennen kan, 1° niet, omdat tijdens de dagvaarding de zaak al meer dan 2 jaren oud was; 2° omdat hij het niet weet; 3° omdat opnemingen van deskundigen, willen zij van kracht zijn tegen een gedaagde, contradictoir moeten zijn; 4° omdat het onnoodig is;

„Zoo verklaart Mr. C. J. FRANÇOIS, qq. onder inhaesie van bovenstaande subsidiaire conclusie tot *casu quo* toelating tot getuigen-bewijs, te persisteren bij de bereids genomen conclusie."

[Hierbij werd overgelegd de situatie-teekening van de buitenhaven te Hansweert, reeds vermeld onder de den 25n Sept. 1883 beteekende conclusie.]

Namens den Proc.-G., heeft de Adv.-G. VAN MAANEN, in deze zaak de volgende conclusie genomen:

„De Staat der Ned. is door de eischers gedagvaard ter zake, dat het geladen schip „*Mainz* 16" op 29 Dec. 1880 in de buitenhaven te Hansweert is gekomen en volgens aanwijzing van een der sluisbeambten behoorlijk is vastgemeerd

aan den 2den en 3den der daar aanwezige duc d'alven; dat het schip in den storm van den daarop gevolgden nacht, in weerwil van de uitgebragte wrijfhouten is bekneld geraakt tegen de duc d'alven; dat het daarop is lek gesprongen en in de diepte weggezonken; dat het nader is gebleken, dat het schip is lek geslagen tegen den bovensten ijzeren bout der voorste schoorpaal van den tweeden duc d'alve, *welke bout zeven cM. uit den kop der schoorpaal uitstak* en langs den bovenkant gemeten twee *cM.* van de paal was afgeweken; dat dit ongeval aan de eischers schade van *f* 6315.60 en *f* 5104.48 heeft veroorzaakt, welke de Staat verpligt is hun te vergoeden, omdat hij zijn havenwerk te Hansweert zoo gevaarlijk voor de scheepvaart inrigtte en onder zijn beheer, opzigt en verantwoordelijkheid liet bestaan, dat zich aan een duc d'alve, waaraan het schip moest worden vastgemeerd, op last van een van Staatswege aangestelden sluisbeambte een uitstekende ijzeren bout bevond; dat hij daardoor verkeerde schuld, verzuim, nalatigheid en onvoorzigtigheid, die ook in verband met de aanwijzing van zijnen bedoelden beambte, voor wiens *culpa* hij mede verantwoordelijk is, hem voor de veroorzaakte schade aansprakelijk maakt.

„Die verantwoordelijkheid, ex a. 1402 B.-W., welke de Staat van zich afwerpt, is in de eerste plaats te onderzoeken, omdat toelating van aangeboden getuigen- en ander bewijs, de bewijsbaarheid der vordering ondersteld. De eischers hebben een beroep gedaan tot staving hunner vordering op de arr[n] van den H.-R. van 11 Jan. 1867 en 19 Mei 1882, bij welk laatste is bevestigd een arr. van 14 April 1881 (*Rspr.* LXXXV, 39; CXXXI, 54 en CXXVII, 323; v. D. HON., *B.-R.* XXXI, 40; XLVI, 241 en XLVII, 511); ik voeg volledigheidshalve daarbij die van 8 Junij 1883 en 27 Junij 1884 (*Rspr.* CXXXIV, 153; v. D. HON. *B.-R.* XLVIII, 427 en L, 109.)

„Bij die arr[n] werd overeenkomstig de conclusiën van het

O.-M aangenomen, dat de Staat, werken aanleggende, handelt gelijk een bijzonder persoon en volgens a. 1402 B.-W. verpligt is de schade te vergoeden, welke hij daarbij door zijne nalatigheid of onvoorzigtigheid veroorzaakt, hetzij die werken voor de publieke dienst of voor bijzonder gebruik bestemd zijn.

„De Staat is aansprakelijk, niet omdat hij de haven van Hansweert niet oprigtte en onderhield, krachtens eene op hem rustende verpligting als Hooge Regeering, maar als eigenaar van het onder zijn beheer staand werk. Juist het omgekeerde was het geval in de uitspraken van den H.-R., waarop de gedaagde scheen te doelen; daarbij toch was de basis der actien verzuimde bebakening en dergelijke in de rivieren, maar die bebakening vindt zijn grond in eene publiek-regtelijke en zedelijke verpligting van den Staat. Arr. 9 Junij 1871, 28 Junij 1872, 23 Oct. 1874 (*Rspr.* XCVIII, 115; CI, 231; CVIII, 82; v. D. HON. *B.-R.* XXXVI, 79, XXXVII, 282 en XXXIX, 521).

„Hier daarentegen betreft de vordering vergoeding van schade, veroorzaakt door gebrekkige inrigting en het laten voortbestaan van door den Staat als eigenaar opgerigte werken, voor publiek gebruik bestemd, wier toestand zoo gevaarlijk is, dat het schip door het uitsteken van een ijzeren bout zou zijn vergaan.

„De Staat palen in een haven ten algemeenen gebruike daarstellende, is civiel-regtelijk verbonden jegens hen, die daarvan gebruik maken, gelijk hij als een privaat persoon vergoeding vraagt voor de schade daaraan door eens anders daad toegebragt.

„Bij het arr. van Junij 1884 werd de vordering ontzegd, omdat, zoo er al aan verzuim van onderhond ware te denken, de vordering niet daarop, maar op nalatigheid bij den aanleg van het werk was gebaseerd, en daarvan niet was gebleken.

„Hier steunt, naar het mij voorkomt, de vordering èn

op nalatigheid èn op verzuim van het onderhoud van het werk, door welk een en ander den eischers schade is berokkend.

„Wat is er nu tot staving der vordering bijgebragt? Eigenlijk niets dan de scheepsverklaring (prod 10 des verw^{s}). Daaruit blijkt, dat het schip hecht en digt te Hansweert is aangekomen en volgens aanwijzing van een der sluisbeambten is vastgemeerd aan den tweeden en derden duc d'alve; dat, ten gevolge van den opgekomen storm, andere tegen het schip liggende schepen, het in weerwil van de aangebragte wrijfhouten tegen den duc d'alve hebben bekneld, waarna er water in het schip is gekomen, en het eindelijk is gezonken.

„Verder wordt daarbij het *vermoeden* geuit, dat het zinken van het schip daaraan is toe te schrijven, dat de andere schepen het schip op den duc d'alve hebben aangedrongen en zoodoende een gat door de buitenhuid is gedrongen.

„De verdere productie van de eischers kan tegenover den gedaagde geen bewijs opleveren en, van het *positum* der dagvaarding blijkt uit voormeld stuk zeer bepaald *niet* het feit, dat de lek, die het schip heeft bekomen, is veroorzaakt door een uitstekenden bout aan den schoor van den tweeden duc d'alve, in de haven van Hansweert.

„De gedaagde, gesommeerd dat feit te erkennen of te ontkennen, heeft verklaard niet te weten, en daarom niet te kunnen erkennen, of de bewuste bout oorzaak was van het zinken van het schip.

„Dat punt is door hem alzoo ontkend, althans niet voldoende erkend, terwijl hij er nog heeft bijgevoegd, dat al had hij het erkend, dan nog bewezen zou moeten zijn dat die uitstekende bout zich vóór het vastmeeren van het schip daar ter plaatse bevond.

„Subsidiair is dan ook door de eischers aangeboden door getuigen te bewijzen, en de gedaagde heeft zich daartegen niet verzet (prod. 18 en 19), dat de quaestieuse bout reeds maanden vóór het ongeval 7 cM. uitstak, — ook aan andere schepen

ongelukken heeft bezorgd, — en herhaaldelijk daarover tot 's lands ambtenaren klagten zijn gerigt."

„Ook bij pleidooi erkenden de eischers veel te bewijzen te hebben, met name ook dat het lekslaan veroorzaakt was door de bout; dat de schoorpaal door de nalatigheid van den Staat òf slecht gebouwd òf niet onderhouden was in een behoorlijken staat, zoodat wanneer de Staat het gebrek heeft gekend en laten voortbestaan, hij voor die onvoorzigtigheid aansprakelijk is.

„Zulks is ook volkomen juist; de schade moet alleen en uitsluitend het gevolg zijn van het doen uitsteken of uitgestoken laten van de bout, eer het schip gemeerd werd, en dan nog moet dit veroorzaakt zijn door eene achteloosheid of verzuim van zoodanige zorg als in redelijkheid kan worden gevorderd, want de feitelijke toestand van de bout kan op zich zelf niet tot schadevergoeding verpligten, zoo zij niet is het gevolg van verzuim of nalatigheid van tekortkoming in het gewone onderhoud bij dergelijke werken vereischt.

„Aan de zijde van den gedaagde zijn nog de volgende *drie middelen* van verweer bijgebragt:

„1° dat de eischers tegenover den uitstekenden bout maatregelen hadden kunnen en moeten nemen;

„2° dat zij, die zich van de havenwerken willen bedienen, voor hunne eigene daden verantwoordelijk zijn, vermits de Staat in zijne havens duc d'alven plaatst naar zijn welbehagen;

„3° dat de schipper heeft gemeerd in strijd met het Regl. van 5 Febr. 1879, *St.* n° 30, in strijd met de hem gegeven aanwijzingen.

„Ten aanzien van het eerste punt blijkt, dat de schipper tusschen den duc d'alve en het schip wrijfhouten had uitgebragt; de gedaagde is ook in gebreke gebleven op te geven waarin de verzuimde voorzorgsmaatregelen zouden hebben bestaan; van deze beweerde *culpa* des schippers blijkt dus niets.

„Het gebruik maken van een voor de scheepvaart door den eigenaar bestemde haven, is zeker voor den schipper onverpligt,

zooals in de tweede plaats is beweerd, maar kan niet opheffen de verantwoordelijkheid van dengene die de haven voor hem openstelt, voor de gevolgen van den gevaarlijken toestand, waarop hij het werk inrigtte of waarin hij het liet nadat het in dien toestand was geraakt.

„In de derde plaats zou de schipper hebben gehandeld in strijd met de a. 7, 18 en 60—62 van het Regl.; hij zou hebben gemeerd aan den 2ⁿ en 3ⁿ duc d'alve, en dus binnen de stoppalen; de gedaagde heeft getracht dit duidelijk te maken door eene situatie-teekening, waarvan de juistheid evenwel door de eischers is ontkend.

„Naar mijne meening behoeft deze bewering van gedaagde niet te worden onderzocht. A. 61 van het Reglement verbiedt de schepen te leggen tusschen de aan beide zijden van sluizen of bruggen geplaatste stoppalen. Maar a. 60 beveelt evenzeer den schippers van stilliggende schepen de ligplaatsen in te nemen, die hun door de kanaalbeambten werden aangewezen. Partijen zijn het er over eens, dat door die beambten aan den schipper eene ligplaats, welke dan ook (verg. a. 7 en 18 Regl.), is aangewezen geworden, en vermits deze beambten nu niet óndersteld worden bevelen te geven in strijd met het Reglement, en in ieder geval de bevelvoerders, door die bevelen nateleven, niet voor de niet-naleving van het Reglement kunnen worden behaald en geheel *en règle* zijn, zoo volgt hieruit, dat hier alleen kan te pas komen de beslissing der vraag, welk bevel de kanaalbeambten hebben gegeven en of dat voorschrift door den schipper is nagekomen.

„Wat is er nu van die door de sluisbeambten gedane aanwijzing? De scheepsverklaring houdt in, dat gelast is aan den tweeden en derden duc d'alve, dus binnen de stoppalen, te meeren, en de gedaagde verlangt toegelaten te worden door getuigen te bewijzen: „dat van wege de sluiswacht last of aanwijzing is gegeven om te meeren aan duc d'alve 3 en 4, terwijl de eischers zich hebben gereserveerd, voor

zoover de scheepsverklaring daarvan niet reeds het afdoende bewijs levert, het tegenbewijs te leveren.

„Uit deze te houden enquête en contra-enquête zal dus het bewijs moeten resulteren of de schipper al dan niet heeft gehandeld overeenkomstig de bij het Reglement bevolen naleving van de door de beambten gegeven orders, en of alzoo niet de Staat, maar de eischers zelven verantwoordelijk zijn voor de beloopen schade: want de Staat kan niet aansprakelijk zijn voor schade, veroorzaakt door een bout uitstekend uit den 2n paal, waar gelast was aan paal 3 en 4 te meeren.

„En nu voeg ik ten slotte hieraan deze opmerking toe, dat blijkens de conclusiën en gehouden pleidooijen dit punt slechts als een middel van verweer is ter sprake gebragt, hoezeer blijkens de dagvaarding de actie mede schijnt te berusten op de aansprakelijkheid van den gedaagde voor de aanwijzing, alzoo de daad van den van Rijkswege aangestelden beambte voor wiens *culpa* hij verantwoordelijk is.

„Daarbij is dus de reden van de aansprakelijkheid van den Staat voor een verzuim door den Staat veroorzaakt als handelende door zijne ambtenaren.

„Dit punt zal in ieder geval ook door de enquête en contra-enquête worden in het licht gesteld, tenzij de eischers dezen grond van hun eisch blijven laten varen.

„Ik heb mitsdien de eer te concluderen, dat de H.-R. de eischers moge toelaten om door getuigen te bewijzen de feiten door hen hierboven in de eerste plaats als te bewijzen aangeboden, voorts den verw. zal toelaten door getuigen te bewijzen het feit door hem geposeerd ten aanzien van den door de kanaalbeambten gegeven last, omtrent het meeren, behoudens tegenbewijs, met reserve van kosten."

ARREST. — De H.-R. d. Ned. — Op het beroep van, enz.;

„O., dat de eischers, na voorafgegane sommatie en in verzuimstelling, den gedaagde hebben doen dagvaarden ten einde veroordeeld te worden om aan de eischers natemelden

schade te vergoeden; en daartoe hun te betalen, wat betreft den eersten eischer, een bedrag van *f* 6315.60, en wat betreft den tweeden eischer een bedrag van *f* 5104.48, beide sommen met de renten daarvan sedert den dag der dagvaarding, of zoodanige andere bedragen als de H.-R. zal oordeelen de schade te bedragen, alles met veroordeeling van den gedaagde in de proceskosten;

„O., dat deze vordering op de navolgende door de eischers gestelde feiten gegrond is:

„dat het schip *Mainz* 16, toebehoorende aan den tweeden eischer, met volle lading den 29n December 1880 van Antwerpen vertrokken, des avonds omstreeks 5 uur in de haven van Hansweert is gekomen, en (vermits men niet kon binnenschieten, dewijl des avonds geene inklaring plaats heeft) het schip alstoen, volgens aanwijzing van een der sluisbeambten behoorlijk is vastgemeerd aan den tweeden en derden aldaar aanwezigen duc d'alve; dat het schip in den daarop volgenden nacht te midden van hevigen storm is bekneld geraakt tegen de duc d'alven, niettegenstaande er twee wrijfhouten tusschen het schip en de duc d'alven hingen, en omstreeks half drie uur in dien nacht ontdekt is dat er water in het schip kwam, en het schip, niettegenstaande alle daartegen aangewende pogingen, in de diepte is weggezonken;

„dat nader is ontdekt dat het schip was lek geslagen tegen den bovensten ijzeren bout der schoorpaal van den tweeden duc d'alve, welke bout 7 cM. uit den kop der schoorpaal uitstak en, langs den bovenkant gemeten, 2 cM. van de paal was afgeweken;

„dat dan ook tusschen de 4e en 5e spant aan stuurboordzij een gat in de buitenhuid van het schip is geconstateerd, aanvangende 1.30 M. uit het dek gemeten, ter lengte van 1.08 M. en ter breedte van 0.04 tot 0.13 M., alsmede het ijzer naar binnen gekruld;

„dat bij nader onderzoek eene menigte in het exploit van dagvaarding gespecificeerde beschadigingen in het schip zijn

bevonden en een en ander den tweeden eischer belangrijke schade veroorzaakt heeft tot het gezamenlijk bedrag der beide gevorderde geldsommen, waarvan de som dien eischer door den eersten als verzekeraar vergoed zijnde, de beide eischers te zamen tegen den Staat optreden;

„O., dat gedaagde, zonder de door de eischers vermelde schade of de deswege opgegeven cijfers en evengemelde verhouding tusschen de twee eischers tegenover gedaagde te betwisten, alle overige feiten, buiten het zinken van genoemd schip ter plaatse hierboven aangeduid, ontkend heeft, en zijnerzijds nog te dien opzigte beweerd heeft, dat het schip zich had gemeerd, in strijd met de door de sluiswacht gegeven aanwijzingen om te meeren aan duc d'alven 3 en 4; — dat, al werd bewezen dat op 30 Dec. 1880 gemelde bout zoover buiten bedoelde schoorpaal uitstak, dit nog geen bewijs zou zijn, dat dit reeds des avonds van den vorigen dag het geval geweest was, terwijl dien avond nog 4 of 5 andere schepen aan de *Mains* werden vastgemaakt, en die zware massa schepen gedurende meer dan een half etmaal, onder harden storm, tegen den duc d'alve heeft liggen rammeijen; — dat het meeren aan den tweeden en derden duc d'alve geschied is in strijd met de a. 7, 18, 61 en 62 van het Alg.-Regl. van 5 Febr. 1879, *St.* n° 30, binnen de stoppalen;

„O., dat de eischers hierop tot staving der gestelde feiten eenige stukken in het geding hebben gebragt, waaronder twee beëedigde scheepsverklaringen van 30 Dec. 1880 en 3 Jan. daaraanvolgende, en tegenover de feitelijke beweringen van gedaagde nog hebben aangevoerd, dat genoemde bout reeds maanden te voren uitstak, ook aan andere schepen ongelukken heeft bezorgd en, niettegenstaande daarover herhaaldelijk tot 's lands ambtenaren gerigte klagten, aldaar door den gedaagde is gelaten; ontkennende de eischers uitdrukkelijk dat van wege de sluiswacht aanwijzing zou zijn gegeven om te meeren aan den derden of vierden duc d'alve;

„O., dat omtrent deze verschillende feiten en omtrent de plaatselijke gesteldheid der genoemde haven, waarvan gedaagde eene teekening ten gedinge heeft overgelegd, welker juistheid door de eischers op één punt betwist werd, eene nadere bewijslevering door partijen over en weder is aangeboden;

„O., dat tegenover der eischers stelling, dat de Staat als eigenaar van een werk in eene voor het publiek opengestelde haven, aansprakelijk is voor de schade veroorzaakt door den gevaarlijken toestand, waarin hij aldaar een duc d'alve inrigtte of waarin hij hem, nadat deze in dien toestand was geraakt, liet bestaan, door den gedaagde is geantwoord, dat de Staat in rivier of rijkskanaal plaatst en inrigt duc d'alven, zooals hij dat nuttig en noodig acht, doch deswege aan niemand ten civiele verantwoordelijk is;

„O. in regten, en wel in de eerste plaats omtrent de aansprakelijkheid in het algemeen van den Staat, dat de Staat, werken aanleggende in eene voor een ieder toegankelijke haven, even als een bijzonder persoon, volgens a. 1402 B.-W. verpligt is de schade te vergoeden, welke hij daarbij door nalatigheid of onvoorzigtigheid in de constructie, veroorzaakt;

„dat de Staat, als met het onderhoud belast en het toezigt uitoefenende op de haven, ook verpligt is de schade te vergoeden die het gevolg is van nalatigheid in dat onderhoud;

„dat nu, bij een werk als waarvan hier de rede is, het is te voorzien, dat schepen tegen de duc d'alven sterk kunnen worden aangedrukt, en alzoo schade kunnen lijden door een toestand, als welke ten deze bij een der duc d'alven is waargenomen;

„dat de Staat daarvoor bijgevolg aansprakelijk is, wanneer hij dien toestand heeft daargesteld, of ook, wanneer de Staat verzuimt door een behoorlijk onderhoud dien toestand te verbeteren;

„dat de bewering, dat de schipper in strijd met de aangehaalde a. van genoemd Regl. zou gehandeld hebben en het

in verband hiermede tusschen partijen bestaande geschil over de inrigting der haven in het midden kan gelaten worden, indien overeenkomstig a. 60 van datzelfde Regl. op aanwijzing der kanaalbeambten is gehandeld;

„O. nu ten opzigte der feiten, dat eerstgemelde scheepsverklaring, behoudens tegenbewijs, voldoende staaft de plaats waar, en de meerpalen waaraan het schip op aanwijzing van een der sluisbeambten, naar des eischers voorstelling, in den genoemden nacht gelegen heeft, en het wegzinken daarvan in de diepte, terwijl de daardoor volgens de eischers veroorzaakte schade bij ontstentenis van tegenspraak ook als vaststaande kan worden aangenomen;

„O. daarentegen, dat de oorzaak dier schade, bepaaldelijk het uitsteken van meergemelden bout, wel in de tweede scheepsverklaring bevestigd wordt, doch dit laatste stuk, als niet binnen den bij de wet voorgeschreven termijn opgemaakt, niet als bewijsmiddel dienen kan;

„O., dat de eischers mitsdien toegelaten moeten worden tot de subsidiair door hen aangeboden bewijslevering door getuigen omtrent de oorzaak der aan het schip toegebragte schade en des gedaagden nalatigheid of onvoorzigtigheid in constructie of onderhoud van meergenoemden duc d'alve, in voege hierboven omschreven, terwijl gedaagde het tegenbewijs te leveren heeft, dat de sluisbeambten zouden gelast hebben niet aan den 2^n^, maar aan den 3^n^ en 4^n^ duc d'alve, van de sluis af gerekend, het schip te meeren;

„Alvorens ten principale regt te doen:

„Laat partijen toe tot het leveren van bovenomschreven bewijs door getuigen;

„Benoemt tot raadsheer-commissaris, aan wien binnen den termijn van eene maand het bevel tot dagvaarding der getuigen zal worden gevraagd, den Raadsheer Mr. J. Pols;

„Reserveert de kosten tot aan de einduitspraak."

N° 1927. — Arrest van 9 Januarij 1885.

(A. 639 B.-W.)

Moet hij, die beweert eigenaar te zijn van een onroerend goed, tevens bewijzen dat hij die hem den eigendom overdroeg, het regt had om over dat goed te beschikken? — NIET BESLIST.

Kan de toestemmende beantwoording dier vraag in ieder geval alleen hare toepassing vinden, waar het regt van beschikking van den auteur wordt betwist? — JA.

M. A. H., vertegenwoordigd door Mr. A. C. T. EYSSELL, advocaat bij den H.-R. der Ned., heeft zich in cassatie voorzien tegen een arr van het Geregtshof te Leeuwarden van 9 Jan. 1884, tusschen partijén gewezen, en den nu verw. in cassatie T. M. W. E. baron C. D. E. bij dagvaarding de volgende *middelen* doen aanzeggen, — ten einde:

„A. de oorspronkelijk tegen den eischer in cassatie ingestelde en thans bij het beklaagde arr. toegewezen vordering tot wegruiming van eene schutting, tot herstel van den verw. in cassatie, zoo het heet, in het volle genot zijner eigendomsregten en tot vergoeding van schade enz., moet geacht worden haren grond te vinden in diens verw^e^ beweerd *eigendomsregt*, te zijn ingesteld ten gevolge eener beweerde onregtmatige verkorting en benadeeling in dat eigendomsregt, en te strekken tot herstelling in het volle genot van dat eigendomsregt;

„A. dus de verw. vóór alles dat eigendomsregt als *fundamentum petendi* tegen des eischers verwering had te bewijzen, gelijk dan ook de eerste regter zijne actie afwees op den grond, dat dit eigendomsregt niet naar eisch van regten was gestaafd;

„A. de verw. in cassatie, om aan te toonen, dat de groote ijpenboomen (met den grond, waarop die staan) ten kosten van welke eischer de bewuste schutting heeft geslagen, zijn *zijn* eigendom, beroep heeft gedaan op eene bij het arr. nader aangeduide, 29 Jan. 1858 in de openbare registers overgeschreven acte van ruiling, bij welke de bewuste ijpenboomen

en stammen, volgens den *judex facti* worden vermeld als behoorende bij en aan die (d. i. de aan den verw. in ruiling afgestane) perceelen in eigendom;

„A. de eischer in cassatie het beroep op die actie heeft bestreden door het niet wedersproken beweren dat die akte noch van hem, noch van eenen zijner regtsvoorgangers afkomstig is, en dus de daarin vervatte regtshandeling van overdragt voor hem is eene *res inter alios;*

„A. desniettemin, en ofschoon het Hof den eischer in cassatie aanmerkt als houder eener zaak die door den verw. werd gerevindiceerd, het Hof de akte voldoende heeft geoordeeld om den verw. aan te merken als eigenaar van die zaak, en hem tegen den eischer in cassatie de actie tot terugvordering van die zaak toe te wijzen;

„A. echter door die akte het te bewijzen eigendomsregt *niet* is gestaafd tegenover den nu eischer, en de veroordeeling van dezen laatste dus is geschied met schending en verkeerde toepassing van de a. 625, 629, 639, 665, 1376, 1902, 1903, 1907, 1908, 1983, 2000, 2001 en 2004 B.-W.;

„A. de in de notariëele akte vermelde *verklaringen van partijen* omtrent den eigendom, slechts *deze* zouden kunnen constateren, geenszins het feit, dat de verw. in cassatie of zijn auteur werkelijk eigenaar *is*, doch, wat alles afdoet, die akte volgens a. 1907 en 1908 B.-W. slechts tusschen de partijen en derzelver erfgenamen en regtverkrijgenden het daar omschreven bewijs oplevert;

„A. dus tegen den eischer in cassatie, als tot geen dezer klassen van personen behoorende, de verw. vruchteloos beroep op den inhoud dier akte deed;

„A. nu wel volgens het Hof, de eischer in cassatie ten onregte hieraan grond heeft ontleend voor zijn betwisting van des verw^s *fundamentum petendi*, omdat de notariele akte, volgens a. 639 B.-W. *tegenover een ieder* zoude gelden als regtstitel van eigendom, tenzij die derde een tegenbewijs onder-

nam, maar dit alles te vergeefs en in strijd met de wet wordt overwogen;

„A. vooreerst a. 639 B.-W. strekt tot aanwijzing hoe eigendom verkregen wordt, maar niets regelt omtrent de bewijskracht van geschriften, die tot staving van een ingeroepen en door de tegenpartij als onbewezen, betwist eigendomsregt worden overgelegd, en dan ook *regsttitel* in dat a. niet is de aanduiding van zoodanig geschrift;

„A. ten andere, daar waar het geldt het bewijs van *eigendom* (en niet bloot van eenen regtstitel) gelijk tot toewijzing van de ingestelde vordering vereischt was, in elk geval en naar den eigen inhoud van het a. bewezen moet worden (behalve de opdragt aldaar vermeld) het bestaan van eenen regtstitel, *afkomstig van dengenen, die geregtigd was, over den eigendom te beschikken;*

„A. nu niet alleen dit vereischte geenszins was gestaafd (en door het bewijs eener overeenkomst tusschen derden niet gestaafd kon worden) tegenover den eischer in cassatie, maar het Hof nog verder is gegaan door *revera* van hem, oorspronkelijk verw., en tegen dat geheel onvoldoend bewijs van partij in, te vergen bewijs *zijnerzijds* dat de mede-contractant en auteur van den verw. in cassatie zou zijn geweest niet geregtigd om over den eigendom te beschikken, bewijs van een beter regt des eischers in cassatie, en wat van dergelijke den eigendomsbewijslast interverteerende overw^n meer in het arr. voorkomt;

„A. het Hof ook het verband van den, voor zijne beslissing ingeroepen wetstekst met het verjaring-stelsel van het B.-W., bijzonderlijk met den inhoud daarvan op het stuk van wettigen titel, uit het oog heeft verloren;

„bij 's H–R's te wijzen arr. te hooren vernietigen het arr. van het Geregtshof te Leeuwarden, 9 Jan. 1884 tusschen partijen gewezen, en doende wat het Hof had behooren te doen, te bevestigen het vonnis der regtb. te Leeuwarden

van 22 Sept. 1881, waarvan was geappelleerd (beide geregistreerd), en den verw. in cassatie te veroordeelen in al de kosten, zoo der appellatoire instantie als in die van cassatie."

Voor den verw., vertegenwoordigd door Mr. VLIELANDER HEIN, advocaat bij den H.-R. der Ned., is hierop bij de volgende conclusie het volgende geantwoord:

„A. het *middel* in de eerste plaats steunt op de bewering dat de a. 1907 en 1376 B.-W. elk beroep op de akte van eigendomsverkrijg in een eigendomsgeschil noodwendig moeten uitsluiten;

„A. echter dat beweren, waardoor in regten elk ander eigendomsbewijs dan het bewijs door 30jarig bezit zou worden onmogelijk, uitgaat van de dwaling als zou de akte in a. 1907 B.-W. bedoeld, tegenover derden geen bewijskracht hoegenaamd hebben, zelfs niet van het feit dat aan des revindicants beweerd eigendom een regtstitel van overgang ten grondslag lag;

„A. het *middel* in de tweede plaats stelt, dat de verw. had moeten leveren het bewijs dat zijn voorganger was eigenaar;

„A. intusschen nergens en speciaal ook niet in a. 639 B.-W. staat voorgeschreven dat in het eigendomsgeschil de eischer onder alle omstandigheden en zelfs ook dan, wanneer het, gelijk *in casu*, niet eens bepaald werd betwist, heeft te bewijzen het *dominium;*

„A. bovendien de geheele grief des eischers uitgaat van eene onjuiste opvatting of voorstelling van het arr. en van het punt in geschil;

„A. immers *in casu* tusschen partijen over haar veelzijdigen eigendomsverkrijg geen regtsgeschil bestond, doch het geheele proces liep over een vraag van localen en feitelijken aard;

„A. zulks blijkt uit de 2e en 3e overw. in regten, volgens welke tusschen partijen vaststaat, dat de eene partij krachtens haar titel van aankomst is eigenaar van het eene — en dat de andere partij, krachtens haren titel is eigenaar van het

andere en aangrenzende kadastraal perceel, doch dat zij verschil hebben over de vraag, of zekere met ijpenboomen bezette strook, door den eischer feitelijk ingenomen, behoort tot het eene dan wel tot het andere kadastrale perceel, zoodat dan ook de 3° overw. als eenig punt van contest vaststelt de vraag, of de betwiste ijpenboomen staan op het westelijk deel van het eene dan wel op het oostelijk deel van het andere perceel;

„A. nu wel niet zal behoeven te worden betoogd dat die vraag staat ter feitelijke waardering van den regter, en dat de regter, die ter oplossing van zulk een geschil met de titels van partijen te rade gaat en, waar de eene partij hare titels achterhoudt, en geen enkele gemotiveerde bewering voert, op grond daarvan en van den inhoud der titels van de andere partij, ten voordeele van deze beslist, geen schending begaat van eenig der bij het *middel* aangehaalde a., noch in welk opzigt ook den bewijslast interverteert;

„Zoo wordt voor den verw. geconcludeerd tot verwerping; kosten regtens."

Door den Proc.-G. Mr. Römer is in deze zaak de volgende conclusie genomen:

„De voorziening is gerigt tegen een arr. van het Geregtshof te Leeuwarden, dd. 9 Jan. 1884, gewezen naar aanleiding van Uw arr. van 15 Junij 1883 (*N. Rspr.* CXXXIV, 181; v. d. Hon., *B.-R.* XLVIII, 455), zij steunt op *één middel* van cassatie, nl. schending en verkeerde toepassing van de a. 625, 629, 639, 665, 1376, 1902, 1907, 1983, 2000 en 2004 B.-W., door het *bewijs van eigendom* van vastgoed, hetwelk de verw., die als *eigenaar* was opgetreden, had te leveren, geleverd te achten door eene akte, waarbij noch zijne wederpartij, noch haar auteur partij was geweest, ofschoon dat geschrift, volgens de uitdrukkelijke bepaling der wet, alleen bewijs kon leveren tusschen de partijen en hare erfgenamen en regthebbenden.

„Door den verw. is tegen dat ***middel*** aangevoerd, dat zijn eigendomsregt volgens het arr. ***in confesso*** is, en reeds daarom het ***middel*** niet kan opgaan; dat punt moet dus eerst tot klaarheid worden gebragt. Volgens het arr. van den Raad heeft de verw. ingesteld de revindicatie, met eisch tot schadevergoeding wegens onregtmatige handelingen, waardoor hij daarin was verkort en benadeeld. Volgens de ***tweede*** overw. ***quoad jus*** staat tusschen partijen vast, dat de nu verw. eigenaar is van het perceel, bekend ten kadaster Sectie B, n° 679, der gemeente Sexbierum, en wel krachtens overeenkomst van ruiling overgeschreven ten kantore van hypotheken te Leeuwarden, dd. 29 Jan. 1858 en staat tevens vast, dat de nu eischer eigenaar is van het perceel aldaar onder n° 250 en 251, grenzende met de oostzijde, aan het westelijk gedeelte van perceel n° 679.

„Het staat evenzeer vast, dat de nu eischer in Mei 1879 en mitsdien ***na*** de acte van 1858, waarbij de nu verw. eigenaar zou zijn geworden, eene schutting heeft doen slaan zooals de nu verw. beweert op n° 679, waardoor een deel van dat perceel met de zich daarop bevindende boomen is gevoegd bij n° 250 en 251; terwijl de nu eischer beweert, dat de schutting is geplaatst op het hem toebehoorende perceel n° 250 en 251; en dus het ***eenige geschil*** tusschen partijen zich beweegt om de vraag of de boomen staan ***op-*** of ***tot*** het westelijk gedeelte, of ***tot*** het oostelijk gedeelte van des eischers perceel.

„In de volgende overw^n^ onderzoekt het Hof tot welk perceel de bedoelde boomen behooren volgens de akte van ruiling van 1858; en overweegt dat zij daarin worden vermeld als behoorende bij- en aan perceel 679; zoodat volgens de 7^e^ overw. ***quoad jus*** de nu verw. door de productie van die akte van het jaar 1858 heeft bewezen, dat hij, ten gevolge van een wettigen regtstitel van eigendomsovergang den eigendom heeft verkregen van het perceel n° 679 ***met inbegrip van de boomen.***

„Volgens die beslissing in het arr. zou de bewijskracht

der akte niet betwist zijn, maar over hare uitlegging, ten opzigte van het perceel waarop de boomen staan, geschil zijn gerezen; het is slechts de vraag of de schutting is gesteld op n° 250 en 251.

„Het arr. is echter niet duidelijk; want volgens de 8e overw. *quoad jus* heeft de nu eischer beweerd, dat de overdragt in den titel van het jaar 1858 voor hem zou zijn eene *res inter alios acta;* en bij het arr. wordt de gegrondheid dier bewering onderzocht en verworpen; en dan overweegt het Hof in de 11e cons. dat de nu eischer tegen den titel van den verw. geen enkele gemotiveerde verwering heeft gedaan. Wanneer nu, zooals ik geloof dat uit de 2e cons. voortvloeit, de nu eischer het regt van den nu verw. op perceel n° 679 niet heeft betwist, en er slechts geschil is over het perceel waarop de boomen staan, hetwelk, zooals het arr. zegt, door eene *actio finium regundorum* kan worden beslist, dan is hier eene feitelijke beslissing waaraan, naar aanleiding eener onjuiste verdediging, eenige overwn *in jure* zijn toegevoegd, waartegen het *cassatie-middel* is gerigt.

„Ik zal echter die regtsbeschouwingen onderzoeken. De verdediging was deze, dat de akte van 1859 is eene *res inter alios acta*, en ook het *middel* van cassatie berust in zijne omschrijving duidelijk op a. 1376 B.-W. Het Hof zegt daaromtrent, dat, ofschoon die akte een *volledig* bewijs oplevert tusschen partijen van hetgeen daarin vermeld staat, zij niettemin, naar luid van a. 639 B.-W. tegenover een ieder als titel van eigendom geldt, zoolang niet is beweerd en bewezen, dat zij afkomstig is van iemand, die niet geregtigd was over den eigendom te beschikken, of dat de eigendom door latere titels op deze of gene wijze werd gewijzigd.

„Die redenering is m. i. onjuist. De authentieke akte levert tot aan de *inscription en faux* tegen iedereen het bewijs op van het feit daarin vermeld; zij is in zooverre geene *res inter alios acta*.

„Dit punt is duidelijk ontwikkeld bij LAURENT *C.-C.*, T. VI, n° 159 en 160; en in de conclusie van den heer VAN MAANEN (*N. Rspr.* LXXXIV, 419; v. D. HON., *B.-R.* XXX, 580). Uit de akte van 1858 blijkt dus tegenover den nu eischer, dat de nu verw. in dat jaar het perceel bij ruiling heeft verkregen. Maar is die akte nu voldoende om het eigendomsregt bij de revindicatie te bewijzen, indien dit wordt betwist? Het Hof zegt dit, en volgt daarbij de gangbare leer, door den geachten raadsman van den nu verw. op grond van POTHIER en AUBRY en RAU verdedigd; volgens LAURENT ll. n° 169: „Une doctrine que la jurisprudence a admise, et „que les auteurs approuvent;" maar door hem, door WINDSCHEID, *Pandekt* I, p. 617, en vooral door VON TANGEROW, *Lehrbuch* I, 2e Abth., p. 727, aanm. 1, krachtig bestreden.

„De leer berust op de *actio Publiciana;* zij is door POTHIER, als Romanist, ook op gronden van *billijkheid* aangenomen, en sedert door velen verdedigd. Maar de *actio Publiciana* is in ons regt niet opgenomen, en de *billijkheid* is geen element van uitlegging.

„Het arr. keert de slotbepaling van a. 639 om; volgens dat a. moet de titel om den eigendom over te dragen verkregen zijn *a domino;* volgens het arr. is het voldoende indien slechts niet wordt bewezen dat hij is verkregen *a non domino.* Tegen het betoog van v. TANGEROW en LAURENT is m. i. niet veel in te brengen. LAURENT zegt dat er is eene *lacune dans la loi*, en dan zou men kunnen vragen, of er wel eigenlijk gezegde *wetschennis* kan zijn.

„Deze zou dan moeten bestaan in schending van a. 1902 in verband met de a. 625 en 639 B.-W., omdat de nu verw. in een geding tot opvordering van eigendom niet heeft bewezen dat hij *a domino* had verkregen; ofschoon a. 639 niet spreekt over het bewijs, en dit volgens het arr. niet werd betwist.

„Er is in dat geding in cassatie veel sprake geweest van het arr. van 29 Jan. 1874, en van de belangrijke conclusie

van Mr. SMITS (v. D. HON., *B.-R.* XXXIX, 106 volgg.) De geachte raadsman van den nu eischer was van oordeel dat daardoor de regtsvraag is beslist. Ik weet niet, of dat arr. zoo geheel en al in het voordeel is van de leer door v. TANGEROW en LAURENT verdedigd. De *judex facti* had beslist, dat de overschrijving van een uiterlijk wettigen retgstitel in de openbare registers wel den eigendom overdraagt, maar onder de *mits* van het slot van a. 639; maar voorts, dat er in die zaak geene *praesumtio hominis* was om het bestaan van den eigendom bij den revindiquant aan te nemen, omdat de bezitter was ter goeder trouw en aanbood te bewijzen, dat hij en zijne voorgangers sedert meer dan dertig jaren dat bezit hadden gehad. Indien nu de zoogenaamde *probatio diabolica* in ieder geval berust op dengene, die de revindicatie instelt, kwam een beroep op de *praesumtio* niet te pas. En de H.-R. overweegt, dat hij op wien de zaak is overgedragen, niet van zelf, en *uit kracht der overschrijving* voor eigenaar kan worden gehouden; maar dat hij, bij betwisting, dien eigendom moet bewijzen, en dat de kracht van *daarover* of wel *daartegen* aangevoerde *vermoedens*, is overgelaten aan de beoordeeling van den feitelijken regter.

„Ook POTHIER en anderen beroepen zich ten voordeele van dengene die den regtstitel heeft op eene *praesumtio juris*, op grond van de L. 4 en 12 *Cod. de Probat.* Lib. IV, tit. 19, maar ook dat argument wordt door v. TANGEROW en LAURENT bestreden. De Raad vergelijke echter WINDSCHEID t. a. p. bl. 618, noot 3.

„In het arr. *a quo* is uitdrukkelijk overwogen dat de nu eischer tegen den titel van den nu verw. geen enkele gemotiveerde bewering heeft aangevoerd.

„Het resultaat van mijne beschouwing is dus dit, dat indien niet feitelijk vaststaat, dat de eigendom der perceelen tusschen partijen *in confesso* is, zooals ik geloof, bij het arr. a. 1902 B.-W. in verband met de a. 625 en 639 zou zijn

geschonden, omdat de ingestelde revindicatie niet is bewezen, en indien dit door den Raad mogt worden aangenomen, zou de actie ongegrond moeten worden verklaard.

„Mijne conclusie strekt echter tot verwerping der voorziening, en veroordeeling van den eischer in cassatie in de kosten."

ARREST. — De H.-R. d. Ned. — Op het beroep van, enz.;

„O., dat als *eenig middel* van cassatie is aangevoerd: schending en verkeerde toepassing van de a. 625, 629, 639, 665, 1376, 1902, 1903, 1907, 1908, 1983, 2000, 2001 en 2004 B.-W., door het bewijs van eigendom van vast goed, hetwelk de verw., die als eigenaar in regten was opgetreden, had te leveren, geleverd te achten door eene akte, waarbij noch zijne wederpartij noch haar auteur partij was geweest, ofschoon dat geschrift, volgens de uitdrukkelijke bepaling der wet, alleen bewijs kon leveren tusschen de partijen en hare erfgenamen en regtverkrijgenden;

„O. te dien aanzien, dat volgens de 2e tot de 4e overw. van het bestreden arr. tusschen partijen vaststaat dat de eischer, verw. in cassatie, is eigenaar van het perceel bekend ten kadaster der gemeente Sexbierum, sectie B n° 679, en wel krachtens overeenkomst van ruiling, overgeschreven ten kantore van hypotheken te Leeuwarden, 29 Jan 1858, dl. 844, n° 77, en dat de geïnt., eischer in cassatie, is eigenaar van het kadastrale perceel aldaar sectie B n°s 250 en 251, grenzende met zijne oostzijde aan het westelijk deel van het voorschreven perceel van eischer, verw. in cassatie;

„dat het tevens feitelijk vaststaat dat de geïnt., eischer in cassatie, ongeveer in de maand Mei 1879 eene schutting heeft geslagen of doen slaan, naar app., verw. in cassatie, beweert, op het westelijk deel van het perceel n° 679, zoodat een deel van dat perceel met de zich daarop bevindende groote ijpenboomen daarvan wordt afgescheiden en gevoegd bij het voornoemd perceel n°s 250 en 251, doch dat die schutting, naar geïnt^es^, eischers in cassatie, beweren, door hem geplaatst

is op het hem toebehoorende perceel nos 250 en 251, en dat dus het eenig punt van geschil tusschen partijen zich beweegt om de vraag of de bedoelde ijpenboomen staan op of behooren tot het westelijk gedeelte van des apps, verws in cassatie, of tot het oostelijk gedeelte van des geïnts, eischers in cassatie, perceel;

„O., dat het Hof vervolgens in de 6e en 7e overw. overweegt:

„dat in de akte van ruiling uitdrukkelijk de ijpenboomen en stammen ten westen van de perceelen nos 188, 189, 190 en 191 en dus ook van het perceel no 679, vroeger no 191, worden vermeld *als behoorende bij en aan die perceelen in eigendom*, en dat de app., verw. in cassatie, door de productie van die akte dus heeft bewezen dat hij ten gevolge van een wettigen regtstitel van eigendomsovergang den eigendom heeft verkregen van het perceel no 679, met inbegrip van de ijpenboomen op het westelijk gedeelte daarvan staande;

„O., dat hiertegen bij de toelichting van het *middel* is aangevoerd, dat voor eigendomsbewijs het beroep op de akte niet voldoende is, maar dat hij, die eigenaar beweert te zijn, bovendien moet bewijzen dat degene van wien hij den eigendom verkreeg, geregtigd was om daarover te beschikken, omdat volgens a. 639 B.-W. eigendom wordt verkregen door levering ten gevolge van een regtstitel van eigendomsovergang, *afkomstig van dengene die geregtigd was over den eigendom te beschikken*, en dat door de akte wel wordt bewezen dat er tusschen partijen eene overeenkomst is gesloten, strekkende tot eigendomsoverdragt, maar dat daardoor niet kan worden bewezen het regt van beschikking van hem die eigendom overdraagt;

„O., dat, daargelaten de al of niet juistheid dezer stelling, zij alleen daar toepassing kan vinden, waar het regt van beschikking van den auteur wordt betwist;

„O., dat uit het bestreden arr. niet blijkt dat zulks in

deze het geval is geweest, maar dat volgens hetgeen in de 4ᵉ overw. uitdrukkelijk wordt vermeld, het geschil tusschen partijen enkel de vraag betrof tot hoever het perceel des verwˢ in cassatie zich uitstrekte en of zeker gedeelte gronds beplant met ijpenboomen daartoe al dan niet behoorde, terwijl volgens de 8ᵉ overw. van het arr. de eischer in cassatie ten aanzien van den titel zich enkel heeft bepaald tot de opmerking, dat de daarin vervatte overdragt voor hem zoude zijn eene *res inter alios acta;*

„O., dat het bewijs van de uitgestrektheid van het perceel des verwˢ, waar zijn eigendomsregt in het algemeen niet werd betwist, kon worden geleverd door de akte van ruiling, omdat daaruit ook tegenover derden, behoudens tegenbewijs, blijken kon *wat* en *hoeveel* werd overgedragen;

„O., dat derhalve bij het bestreden arr. geen der aangehaalde a. is geschonden of verkeerd toegepast:

„Verwerpt het beroep;

„Veroordeelt den eischer in de kosten daarop gevallen."

Nᵒ 1928. — Arrest van 15 Januarij 1885.

Zijn de a. 1932, 1933, 1935 *B.-W. en* 1, 2ᵉ *al.*, 2, 3 *en* 4, *n*ᵒ 3 *en* 4, *K.*, *in verband met a.* 199 *en* 200 *B.-R.*, *geschonden en verkeerd toegepast door getuigenbewijs toe te laten waar de eischer wel koopman, maar de handeling van den gedaagde geene zaak van koophandel was?* — JA.

Tegen een vonnis van de arr.-regtb. te 's Hertogenbosch, 11 Jan. 1884 tusschen partijen gewezen, heeft zich in cassatie voorzien TH. F., vertegenwoordigd door Mr. J. VAN DER JAGT, Procureur bij den H.-R. der Ned., en bij dagvaarding den verw. in cassatie het volgende *middel* van cassatie doen aanzeggen:

„Schending en verkeerde toepassing van a. 1932, 1933 en 1935 B.-W., en van de a. 1, 2e al., 2, 3 en 4, n° 3 en 4 K., in verband met de a. 199 en 200 B.-R., omdat bij het aangevallen vonnis een bewijs door getuigen is toegelaten, waar dit bij de wet niet toegelaten, zelfs uitdrukkelijk uitgesloten is;

„A. immers in deze het bewijs door getuigen is toegelaten om een overeenkomst aan te toonen, die eene verbindtenis bevat boven de *f* 300, namelijk de aanbesteding en aanneming van het bouwen van een huis voor de som van *f* 1175;

„A. blijkens het bij het aangevallen vonnis aangenomene, de oorspronkelijke eischer stelde, dat hij voor den gedaagde had aangenomen het bouwen van een huis voor gezegde som, op grond waarvan hij veroordeeling vorderde in de som van *f* 1175, welke vordering hij later met *f* 784 heeft verminderd;

„A., al was de oorspronkelijke eischer, die timmerman is, in het algemeen als koopman te beschouwen, de aanbesteding van het bouwen van een huis, meer bepaald door een niet-koopman, zooals *in casu* vaststaat, en het aannemen daarvan, *niet* is eene overeenkomst van commercieelen aard;

„A. overigens iemand die timmerman is, al maakt hij van dat beroep zijn gewoon bedrijf, niet eens is koopman;

„A. daarenboven bij het vonnis *a quo* wel is toegelaten het bewijs, dat de verw. is timmerman en van dat beroep zijn gewoon bedrijf maakt, maar niet dat hij er ook zijn gewoon beroep of bedrijf van maakt om bij het verrigten van timmermanswerk ook de materialen, voor zijn werk benoodigd, te leveren;

„A. zelfs niet is aangenomen, noch ten bewijze opgelegd, dat de beweerde aanbesteding is aangegaan onder verpligting voor den aannemer om de materialen te leveren, — noch dat de aannemer de materialen, die hij zou hebben geleverd, zelf had gekocht, zij het dan om ze als verwerkt bij het aangenomen werk te leveren;

„A. onder meer bij het aangevallen vonnis tegen de aangehaalde wetsbepalingen is gehandeld, omdat vóór alles in aanmerking moet komen de beweerde *overeenkomst*, op grond waarvan de oorspronkelijke eischer zijn actie heeft ingesteld, en die overeenkomst, als zijnde niet van commerciëlen aard, niet door getuigen kan worden bewezen;

„Voorts op grond van het vorenstaande te hooren vernietigen voormeld, door de arr.-regtb. te 's Hertogenbosch gewezen vonnis, en de zaak te hooren terugwijzen naar de regtb., ten einde met inachtneming van de uitspraak van den H.-R., de hoofdzaak verder te behandelen en te beslissen, met veroordeeling van den verw. in de kosten van cassatie en in die bij de regtb. gemaakt op en sedert 11 Mei 1883;

„of anders ten principale te hooren uitspraak doen, den verw., oorspronkelijken eischer niet-ontvankelijk of ongegrond te hooren verklaren, immers zijne vordering te hooren ontzeggen met zijn veroordeeling in de kosten van de instantie bij de regtb. en in die van cassatie."

Voor den verw. in cassatie, vertegenwoordigd door den advocaat Mr. G. A. P. Bax, is hierop bij conclusie het volgende geantwoord:

„A. in het vonnis *a quo* met volkomen juistheid is overwogen, dat a. 1, al. 2, K. in zaken van Koophandel (d. i. in zaken waaraan een daad van Koophandel ten grondslag ligt) het bewijs door getuigen in alle gevallen, zonder aanzien van het bedrag des onderwerps toelaat; dat de (oorspronkelijke eischer) thans verw. van het regt op getuigenbewijs niet kan verstoken worden door de omstandigheid, dat de quaestieuse handeling van de zijde van den (oorspronkelijken gedaagde) nu eischer, geen handelsdaad is; dat dus de oorspronkelijke eischer (thans verw.) tot het door hem aangeboden getuigenbewijs moet worden toegelaten, zijnde de door hem gestelde feiten ter zake dienende en afdoende;

„A. de bezwaren door den eischer in cassatie aangevoerd

tegen het ter zake dienende en afdoende van het zesde der feiten, tot het bewijs waarvan de oorspronkelijke eischer (nu verw.) in het vonnis *a quo* is toegelaten, uit welk feit zoude resulteren, dat de oorspronkelijke eischer is koopman en in die qualiteit gehandeld heeft — afgezien van het gegronde dier bezwaren, des neen — buiten beschouwing kunnen blijven, daar de beslissing of gestelde feiten ter zake dienende en afdoende zijn, is van feitelijken aard en dus niet kan uitmaken een punt van onderzoek in cassatie, terwijl de door de regtb. uit dat feit gemaakte gevolgtrekking overigens ook is juist;

„A. de eischer als grief tegen het vonnis formuleert, dat ten deze getuigenbewijs is uitgesloten, omdat: „de aanbesteding van het bouwen van een huis, meer bepaald door een niet-koopman, zooals *in casu* vaststaat, en het aannemen daarvan niet is eene overeenkomst van commerciëlen aard en omdat: „voor alles in aanmerking moet komen de beweerde overeen-„komst, op grond waarvan de oorspronkelijke eischer zijne „actie heeft ingesteld en die overeenkomst, als zijnde niet van „commerciëlen aard, niet door getuigen kan worden bewezen," — doch deze grief niet tegen het aangevallen vonnis kan worden bijgebragt:

„1° omdat aldus de eischer in cassatie zelfs niet, zich aansluitende aan het arr. van den H.-R. der Ned. van 18 Apr. 1878 (v. d. Hon., *R.-R.* XLIII, 175) duidelijk en ondubbelzinnig als grief formuleert, dat aan den verw. in cassatie het getuigenbewijs niet openstaat, hetzij omdat het obligo des oorspronkelijken gedaagde niet voortsproot uit eene handelsdaad, hetzij omdat het tegenwoordige geding niet is een handelsgeding;

„2° omdat in ieder geval zoowel het obligo des oorspronkelijken gedaagde, als de overeenkomst op grond waarvan ten deze geageerd werd, niet voortspruit uit de aanbesteding eenerzijds en de aanneming anderzijds, maar uit de aanneming eenerzijds en de gunning anderzijds, zoodat waar de grief is

het niet commerciële karakter der aanbesteding en aanneming, het *middel* zijn feitelijken grondslag mist;

"A. dan ook geen der door den eischer in cassatie aangevoerde wetsa. noch in het algemeen, noch op de door eischer bij dagvaarding ontwikkelde gronden is geschonden of verkeerd toegepast;

"Zoo concludeert Mr. Bax qq., dat het door den H.-R. der Ned. moge behagen te verwerpen de ingestelde voorziening en te veroordeelen den eischer in de kosten."

De Proc.-G. Mr. Römer heeft in deze de volgende conclusie genomen:

"Tusschen deze partijen is geschil gerezen over het betalen van gelden ter zake van het bouwen eener woning door den verw. ten behoeve van den eischer.

"De verw. heeft daarop geconcludeerd om toegelaten te worden tot het bewijs van eenige feiten, o. a. dat hij is timmerman, en van dat beroep maakt zijn gewoon bedrijf en dat het betrokken huis is gebouwd van materialen door hem geleverd. Bij het vonnis der regtb. te 's-Hertogenbosch, dd. 11 Jan. 1884, is overwogen dat zoo dit bewijs wordt geleverd, zal zijn bewezen dat de verw. is koopman, en door het leveren der materialen en het verwerken daarvan, heeft verrigt eene daad van koophandel; dat het geding dus betreft eene handelszaak, en de omstandigheid dat de handeling der wederpartij geen handelsdaad is, het getuigenbewijs niet uitsluit. Tegen die beslissing rigt de eischer een *middel* van casatie: schending en verkeerde toepassing der a. 1932, 1933, 1935 B.-W., en a. 1, al. 2, 2, 3 en 4, n° 3 en 4, K., in verband met de a. 199 en 200 B.-R, door bewijs door getuigen toetelaten waar dit bij de wet niet is toegelaten en zelfs uitdrukkelijk is uitgesloten. Over de geldsom waarover het beroep moet loopen, is tusschen partijen geen geschil, en de geachte raadsman van den eischer heeft bij de pleidooi uitdrukkelijk verklaard, dat de beschouwingen, welke in de

dagvaarding aan het aldus geformuleerde *middel* zijn toegevoegd, minder ter zake dienende zijn; zijne bewering komt in het kort hierop neder, dat de timmerman, die handelt zooals in het vonnis is omschreven, niet pleegt een daad van koophandel, en dat waar het geldt het *obligo* van iemand, die geen koopman is, de *litis-contestatie* niet loopt over eene handelszaak, en mitsdien geen getuigenbewijs is toegelaten waar dit de som van *f* 300 te boven gaat.

„Wat nu de eerste grief aangaat, zoo is de timmerman als zoodanig te beschouwen als een handwerksman, en eene aanneming van werk op zich zelve stelt geen daad van koophandel daar; maar, volgens de gestelde vraag heeft hij tevens de materialen geleverd en deze verwerkt, en daardoor eene daad van koophandel gepleegd, zoodat *indien hij bewijst dat hij daarvan zijn gewoon beroep maakt*, hij in den zin der wet als koopman zou moeten beschouwd worden.

„De Raad vergelijke het arr. van 9 Maart 1849 (*N. Rspr.* XXXII, 256; v. d. Hon., *B.-R.* X, 306). Nu is het niet duidelijk of hij ook aangenomen heeft om die voorwaarde te bewijzen, en daarvan is het toch afhankelijk of de vraag, zooals zij is gesteld, ter zake dienende of afdoende is.

„Met betrekking tot de tweede grief meen ik te kunnen volstaan met de verwijzing naar het arr. van 18 Apr. 1878 en de conclusie van Mr. Smits (*N. Rspr.* CXVIII, 337; v. d. Hon., *B.-R.* XLIII, 176).

„Ook in deze zaak staat het vast, dat de eischer in cassatie geen daad van koophandel heeft gepleegd; zijn *obligo* berust dus op geen daad van koophandel, en een regtsgeding, waarin zijne verbindtenis moet bewezen worden, is derhalve geene *handelszaak*.

„De verw. heeft dat arr. bestreden, op grond van de bedoeling der wet, welke uit hare geschiedenis blijkt. De heer Smits heeft m. i. teregt aangetoond, dat het niet ligt in de bedoeling van den wetgever om aan kooplieden zulk een excep-

tioneel regt te geven tegenover hen die slechts civielregtelijk zijn verbonden. Vgl. de in die conclusie aangehaalde plaats, voorkomende in het *Regtsgel. Bijbl.* 1855 (V), p. 509.

„En nu moge a. 1 K. toepasselijk zijn *in* en *omtrent* alle geschillen, spruitende uit handelingen bij het Wetboek vermeld, maar dan is de aanbesteding en het bouwen eener woning volgens a. 4, n° 4, geen daad van koophandel. Het vonnis heeft dit ook aangenomen en de beslissing, dat niettegenstaande de verbindtenis die bewezen moet worden geen *handelsdaad* is, het geschil echter loopt over eene *handelszaak* is niet feitelijk maar regtskundig, en bij het arr. van den Raad m. i. teregt als strijdig met de wet beschouwd.

„Ik acht dus het *middel* van cassatie gegrond en heb de eer te concluderen, dat de H.-R. zal beslissen, dat het bevolen getuigenverhoor niet toelaatbaar is, zal vernietigen het beklaagde vonnis, met terugwijzing der zaak naar de regtb. om, met inachtneming van 's Raads arr., de hoofdzaak te beslissen, met veroordeeling van den verw. in de kosten, in cassatie gevallen."

ARREST. — De H.-R. d. Ned. — Op het beroep van, enz.;

„O., dat als eenig *middel* van cassatie is voorgesteld: schending en verkeerde toepassing van de a. 1932, 1933 en 1935 B.-W. en van de a. 1, 2e al., 2, 3 en 4, n° 3 en 4, K., in verband met de a. 199 en 200 B.-R., omdat bij het aangevallen vonnis een bewijs door getuigen is toegelaten, waar dit bij de wet niet toegelaten en zelfs uitdrukkelijk uitgesloten is;

„O., dat bij het bestreden vonnis het bewijs door getuigen is toegelaten van eenige door den verw. in cassatie, toen eischer, gestelde en door de regtb. ter zake dienende en afdoende geoordeelde feiten, op grond van a. 1, al. 2, K., omdat deze zaak zoude zijn een handelszaak;

„O., dat met „zaken van koophandel" in a. 1, al. 2, K., bedoeld worden de regtsvorderingen, welke uit handels-

daden ontstaan, en dat dus de beantwoording der vraag, of eene regtsvordering is eene handels*zaak*, afhangt van het antwoord op eene andere vraag, of die vordering ontstaat uit eene handels*daad*;

„O., dat in deze feitelijk is beslist, dat de handeling, waarop deze vordering is gegrond, aan de zijde des *eischers in cassatie*, vroeger gedaagde, niet was eene handelsdaad, en het bewijs door getuigen door de regtb. in deze alléén is toegelaten, omdat de handeling des *verw' in cassatie*, toen eischer, ingeval de gestelde feiten mogten worden bewezen, zouden blijken te zijn eene daad van koophandel;

„O., dat mitsdien ten processe vaststaat dat de handeling des eischers in cassatie, in deze de aanbesteding van het bouwen van een huis, niet was eene handelsdaad; dat dus de daaruit spruitende verbindtenis niet is eene handelsverbintenis en de vordering tot handhaving van die verbindtenis ingesteld niet is eene zaak van koophandel;

„O., dat de regtb. derhalve in deze ten onregte bewijs door getuigen heeft toegelaten en a. 1, al. 2, K. verkeerd heeft toegepast en de a. 1932, 1933 en 1935 B.-W. heeft geschonden, zoodat het bestreden vonnis behoort te worden vernietigd:

„Vernietigt het bestreden vonnis;

„Verklaart het aangeboden bewijs door getuigen niet toelaatbaar;

„Wijst de zaak terug naar de arr.-regtb- te 's Hertogenbosch, om met inachtneming van dit arr. de hoofdzaak te beslissen en af te doen;

„Veroordeelt den verw. in de kosten, in cassatie gevallen;

„Reserveert de uitspraak omtrent de overige kosten tot op het eindvonnis."

N° 1929. — Arrest van 15 Januarij 1885.

(A. 1401, 1402, 1403 B.-W. j° de Verordening op het gebruik der Koningshaven van 31 Aug. 1876.)

Stuit de beweerde schending en verkeerde toepassing der verordening voor de gemeente Rotterdam op het gebruik der Koningshaven van 31 *Aug.* 1876, *in verband met de a.* 1401, 1402 *en* 1403 *B.-W.*, *af op de feitelijke beslissing*, *dat niet is bewezen*, *dat op het oogenblik dat de schipper het anker uitwierp*, *de stadsbrug gesloten was?* — JA.

Namens den Proc.-G., heeft de Adv.-G. POLIS in deze zaak de volgende conclusie genomen:

„Het *eenige middel*, waarop deze voorziening steunt, heet: schending en verkeerde toepassing der verordening voor de gemeente Rotterdam op het gebruik der Koningshaven van 31 Aug. 1876, in verband met de a. 1401, 1402, 1403 B.-W., door, waar gemeld a. 13 alleen spreekt van geopenden en gesloten stand der bruggen, een onderscheid te maken tusschen sluiten en doordraaijen, onderscheiding buiten de wet om, en te gewaagder waar *in facto* vaststaat, en dan ook uit de omstandigheden voortvloeit, dat geen doordraaijen mogelijk is zonder tijdelijk gesloten zijn, en door op dien grond aan te nemen het niet aanwezig zijn van onregtmatige daad.

„De vordering tot schadevergoeding door den eischer ingesteld was daarop gegrond, dat des eischers schip *Anna Maria* op 3 Oct. 1876, 's avonds ten 6½ ure, afwaarts komende, de Koningshaven te Rotterdam binnenzeilde, terwijl het licht op de Staatsbrug rood was, waarom de schipper stopte; dat kort daarop het licht wit werd en bleef, en de schipper doorzeilde, totdat hij, naauwelijks 15 meters van de Stadsbrug verwijderd, bemerkte dat deze gesloten was, waarop hij, ten einde niet tegen laatstgemelde brug aan te varen, het anker wierp; dat echter dit anker, door de vaart die het schip had, niet dadelijk kon houden, waardoor het schip buiten koers

geraakt, tegen een duc d'alf der Staatsbrug aangevaren, dientengevolge lek gesprongen en gezonken is.

„Het *positum* van den eischer is dus dat het onheil is ontstaan doordien het witte licht op de Staatsbrug gebleven is, hoewel de Stadsbrug gesloten was en dat de schipper het anker heeft uitgeworpen omdat de Stadsbrug gesloten was. Maar nu heet in de 7e overw. *quoad jus:* „dat niet is bewezen, dat op het oogenblik dat de schipper van de *Anna Maria* het anker uitwierp, de Stadsbrug gesloten was, wel dat men bezig was die toe te draaijen" en wordt in de 8e overw. uitgemaakt, dat men de Stadsbrug niet heeft gesloten, maar doorgedraaid toen er van de Staatsbrug werd geroepen, dat er nog een aak (des eischers vaartuig) aankwam. En op die feitelijke beslissing stuit het *middel* af, terwijl overigens het Hof ook teregt beslist, dat er voor den wachter op de Staatsbrug, toen de Stadsbrug niet werd gesloten, maar rondgedraaid, geene aanleiding bestond om het sein van wit licht in dat van rood te veranderen, omdat, ook al neemt men aan, wat ik met het arr. van 9 Jan. 1880 (v. D. HON. *B.-R.* XLV, 36; *Rspr.* CXXIV, 25) voor onjuist houd, dat, volgens a. 13 der verordening, het sein op de Staatsbrug den stand der Stadsbrug moet aanwijzen, volgens dit a. toch het wit of rood licht uitsluitend bestemd is om den geopenden of gesloten stand der bruggen aan te duiden, en dus verandering van rood in wit licht slechts te pas komt wanneer de brug in gesloten toestand wordt gebragt, niet wanneer zij wordt rondgedraaid om haar open te houden, al is het waar dat zij bij dat ronddraaijen een oogenblik komt in den stand, waarin zij zich bevindt wanneer zij gesloten is.

„Ik heb de eer te concluderen tot verwerping van het beroep, met veroordeeling van den eischer in de kosten."

ARREST. — De H.-R. d. Ned. — Op het beroep van, enz.;

„O., dat als eenig *middel* van cassatie is aangevoerd: schending en verkeerde toepassing van a. 13 der Verordening

van de gemeente Rotterdam, vastgesteld door den Raad dier gemeente 31 Aug. 1876, in afschrift medegedeeld aan Ged. Staten van Zuidholland en afgekondigd den 20n Sept. 1876, Verordening op het gebruik der Koningshaven, in verband met de a. 1401, 1402 en 1403 B.-W., door, waar gemeld a.- 13 alleen spreekt van *geopenden* en *gesloten* stand der bruggen, een onderscheid te maken tusschen *sluiten* en *doordraaijen*, onderscheiding buiten de wet om, en te gewaagder waar *in facto* vaststaat en dan ook uit de omstandigheden zelve voortvloeit dat geen doordraaijen mogelijk is zonder tijdelijk gesloten zijn, en door op dien grond aan te nemen het niet aanwezig zijn van onregtmatige daad;

„O., dat dit *middel* berust op de stelling dat het onheil aan het vaartuig des eischers is ontstaan doordien het witte licht (het sein „open brug") op de Staatsbrug gebleven is, hoewel de Stadsbrug gesloten was, en dat de schipper het anker heeft uitgeworpen omdat de Stadsbrug gesloten was;

„O. dat deze stelling in strijd is met hetgeen bij het bestreden arrest feitelijk is uitgemaakt;

„O. toch, dat volgens de 7e overw. van het arr., door de verklaringen der gehoorde getuigen niet is bewezen dat op het oogenblik dat de schipper van de *Anna Maria* het anker uitwierp, de Stadsbrug gesloten was, wel dat men bezig was die toe te draaijen, en volgens de 8e overw. uit die verklaringen verder volgt dat terwijl men bezig was om de Stadsbrug digt te draaijen, van de Staatsbrug werd geroepen dat de Stadsbrug open moest blijven, dat er nog een aak aankwam en dat toen de Stadsbrug niet is gesloten maar doorgedraaid;

„O., dat op deze feitelijke beslissing het *middel* moet afstuiten, terwijl voorts teregt door het Hof is overwogen dat zoolang men bezig is een brug toe te draaijen, deze niet is gesloten, al is het ook dat bij het doordraaijen de brug een oogenblik komt in den stand, waarin zij zich bevindt wanneer zij gesloten is;

„O. dat derhalve het aangevoerde *cassatiemiddel* is ongegrond:

„Verwerpt het beroep;

„Veroordeelt den eischer in de kosten daarop gevallen."

N° 1930. — Arrest van 16 Januarij 1885.

(KOLONIAAL APPEL).

(A. 1830 B.-W. voor de kolonie Suriname; a. 467, al. 3, eodem; a. 727 B.-R. voor W.-I.)

Moeten in de rekening van den voogd worden goedgedaan alle noodzakelijke, betamelijke en behoorlijk geregtvaardigde uitgaven? — JA.

Behooren zelfs de geringste uitgaven door kwijtingen te worden geregtvaardigd overeenkomstig de voorschriften van het wettig bewijs, of staat het geheel aan den judex facti *om te beslissen of zij voldoende zijn geregtvaardigd?* — IN LAATSTBEDOELDEN ZIN BESLIST.

Bij zijne memorie van grieven gaf de appt aan den H.-R. te kennen;

„dat hij na vergeefsche pogingen om te geraken tot eene minnelijke afrekening met zijn gewezen voogd J. E. te Paramaribo, dezen heeft doen dagvaarden tot het afleggen van rekening en verantwoording over zijn gevoerd beheer;

„dat hij daarop bij vonnis van het Hof van Justitie in Suriname dd° 29 Julij 1881 is veroordeeld om aan zijn gewezen voogd uit te keeren een bedrag van ƒ 1755.24;

„dat hij er vóór alles de aandacht van den H.-R. op wenscht te vestigen, ten bewijze hoe onjuist de rekening was door geïnt. overgelegd, dat door deze aanvankelijk een bedrag gevorderd werd van ƒ 3876.70, behoudens rente, terwijl geïnt. bij memorie van contradebat al dadelijk de som van ƒ 2121.64 heeft toegegeven als te veel gevorderd;

„dat appt echter van meening is: dat geïnt. hem een bedrag van ƒ 223.90 schuldig is," en alzoo van boven-

genoemd in appel komende, voert hij daartegen aan de volgende grieven:

„I. De voogd beweerde, dat hij als gewezen gemagtigde van de moeder van app[t] te vorderen had een bedrag van ƒ 3152.59 wegens gedane voorschotten.

„Tijdens het leven van app[s] moeder was van dat bedrag nimmer eenige rente berekend; na haar dood echter berekende de voogd aan app[t] over dat bedrag rente ad 8 pCt. 's jaars, tot een bedrag van ƒ 2644.86, welk bedrag later verminderd werd tot op ƒ 1090.71;

„Het Hof wees dat bedrag toe, in substantie overwegende: „dat de lasthebber bevoegd is interessen te berekenen van voorschotten, die hij voor zijn lastgeefster heeft gedaan, en haar erfgenaam gehouden is die interessen aan dien gemagtigde te vergoeden; dat nergens bij de wet verboden is dat een gemagtigde, die gelden aan zijn lastgeefster heeft voorgeschoten, later rente voor die gelden mag berekenen, zoo hij die vroeger niet in rekening heeft gebragt, kunnende hieruit alleen volgen dat de lasthebber de vroeger hem verschuldigde interessen aan zijne lastgeefster heeft willen kwijtschelden."

„De redenering van het Hof omtrent dit punt in geschil is niet juist. Het is hier niet de quaestie of een gemagtigde een paar jaar rente aan zijn lasthebber mag kwijtschelden en later toch rente berekenen.

„De zaak is deze: of het niet blijkt, of althans daaruit een bewijs te putten is, dat geïnt. aan de wed. E., de moeder van app[t], het bedrag renteloos heeft voorgeschoten, wijl hij gedurende haar leven en zelfs na haar dood op de boedelrekeningen geen rente heeft gebragt.

„Wat toch is het geval? De voogdij-rekening opent met een saldo ten behoeve van geïnt. op 21 Sept. 1859 van ƒ 3865.37½; die post wordt verminderd met eene som van ƒ 713.14½ als in mindering genoten op 31 Dec. 1860, namelijk van het kapitaal.

„Indien het door de wed. E. aan geïnt. verschuldigde bedrag op rente ligt, dan zoude geïnt. die ƒ 713.14 in mindering van verschuldigde rente, niet in mindering van verschuldigd kapitaal hebben afgetrokken.

„Nadat dus op 31 Dec. 1860 geïnt. geen rente te goed had, blijkens zijne eigene rekening-courant, waarbij hij zijne rekening tot die dagteekening met de wed. E. heeft vereffend, brengt hij het aan hem op 31 Dec. 1860 verschuldigde kapitaal onder dagteekening van 21 Sept. 1859 weder op de voogdij-rekening en begint daarvan rente te berekenen. Het blijkt duidelijk dat geïnt. geene vordering had tegen wed. E. voor renten, en dat geïnt. op appt als erfgenaam der wed. E. wil verhalen hetgeen de wed. noch haar boedel schuldig is.

„Nemen wij voor een oogenblik aan dat geïnt. slechts voogd was van appt en nooit gemagtigde van de wed. is geweest; dat een ander persoon b. v. A. gemagtigde was en later executeur in den boedel der wed. en dat A. verantwoording had gedaan aan geïnt. als voogd tot ulto Dec. 1860 (zie de rekening *c.*), waaruit blijkt dat A. tegoed had van de wed. een kapitaal van ƒ 3865.73½ min ƒ 713.14½ = ƒ3152.59, zonder renten, zou dan geïnt. bevoegd zijn de voogdij-rekening aan te vangen met 22 Sept. 1859 en A. in het nadeel van zijn pupil van af die dagteekening renten toekennen, terwijl A. slechts het saldo-kapitaal zonder interessen vordert?

„In geen geval echter zou geint. in geval als de redenering van het Hof opging, van af 1 Jan. 1860 renten mogen berekenen, daar hij de renten tot 31 Dec. 1860, volgens zijne eigen rekening, heeft kwijtgescholden;

„II. Op de rekening komen voor eenige posten betreffende de ponten enz., welke vermeld worden in het vonnis blz. 14 en 15, en welke appt kortheidshalve hier niet overschrijft.

„Zijn grief op dit punt is, dat die posten hadden moeten zijn ontzegd, immers niet hadden moeten zijn toegewezen, alvorens de geïnt. den eed, door hem zelf aangeboden, had afgelegd.

»III. Bij memorie van contradebat heeft de geïnt., en alzoo na het afleggen zijner rekening, beweerd, dat hij een bedrag van *f* 252.46 ten onregte in app^s credit gebragt heeft, en als gevolg daarvan ook over volgende jaren geïnt. is benadeeld met interessen van interessen over die *f* 252.46, ten bedrage van *f* 259.49, zoodat zijne rekening ten laste van app^t moet vermeerderd worden met *f* 511.95.

»Wat is hier het geval?

»Op de rekening komt voor op 31 Julij 1866, als ten behoeve van app^t ontvangen, eene som van *f* 10211.64; 31 Dec. 12 pCt. over het saldo op heden *f* 3606.63 a° 1866 *f* 432.80.

»Het bedrag van *f* 3606.63 zou zijn het saldo na aftrek van voorschot en provisiën van de op 31 Julij 1866 ontvangen gelden. Dit saldo zou op 1 Aug. 1866 zijn uitgezet, dus tot 31 Dec. slechts 5 maanden rente hebben opgebragt, terwijl geïnt. de rente abusievelijk over 12 m. zou hebben berekend. Geïnt. heeft niet het minste bewijs geleverd van zijn beweren, dat hij minder aan renten voor uitgezet kapitaal heeft ontvangen dan door hem is verantwoord.

»Hoewel ongehouden om te doen hetgeen door geïnt. zoude moeten geschieden, nl. het bewijs te leveren dat hij werkelijk *f* 252.46 te veel in het voordeel van app^t in rekening heeft gebragt, zal app^t toch ter wille van het moreel der zaak aantoonen, dat geïnt. met zijne bemerking, tegen beter weten in, aan app^t tracht te ontnemen, hetgeen deze deugdelijk toekomt.

»Toen geïnt. die *f* 10211.64 had ontvangen in 1866, had hij ingevolge zijn eigen contra-debat veel minder te vorderen dan hij heeft afgetrokken, daar hij toegeeft *f* 2121.46 te veel in rekening te hebben gebragt; dus zou, ingeval de regter aan geïnt. mogt toelaten om *f* 252.46 minder in rekening te brengen ten behoeve van app^t, de beslissing in strijd zijn met de erkentenis van geïnt. zelven, dat hij *f* 2121.46 te veel in rekening heeft gebragt.

»Al zou zelfs geen ander debat deugdelijk zijn dan die

door geïnt. als zoodanig zijn erkend dan zou toch altijd ƒ 2121.46 meer op rente zijn belegd geweest ten behoeve van app[t] gedurende 5 maanden van 1866 dan geïnt. in zijn rekening opgeeft en geïnt. dus nooit ƒ 252.46 in het voordeel van app[t] in rekening hebben gebragt, daar die ƒ 2121.46 toch gedurende die 5 maanden ƒ 111.05 aan renten zouden hebben opgebragt, en dat bedrag dan van ƒ 252.46 zoude moeten worden afgetrokken.

»IV. Door den voogd is aanvankelijk een bedrag geëischt van ƒ 3876.70, later vermeerderd met ƒ 511.95, totaal ƒ 4388.65. Slechts een bedrag van ƒ 1755.24 is toegewezen. Nu is app[t] veroordeeld tot betaling van al de kosten aan zijne zijde gevallen en in een derde der kosten van geïnt.

»Het is volkomen waar, de rekening-kosten komen ten laste van den pupil, maar wanneer de voogd goedvindt een rekening te maken welke met een betrekkelijk aanzienlijk bedrag in zijn voordeel sluit, en er procedures noodig zijn om die rekening tot zijn juist bedrag terug te brengen, dan moet de voogd die procedures betalen en komen alleen ten laste van den pupil de noodzakelijke, wezenlijke rekening-kosten, en niet procedure-kosten, moedwillig door het te hoog opvoeren der rekening veroorzaakt.

»App[t] heeft vijf artikelen van debat gemaakt en van die vijf zijn er drie geheel toegegeven en de beide anderen gedeeltelijk. Er is aan het Hof gebleken, dat geïnt., volgens diens eigene erkentenis ƒ 2121.46 te veel op de voogdij-rekening ten laste van app[t] heeft gebragt, zoodat het bepaald onbillijk is van het Hof om niet geïnt. in al de kosten van het Hof te veroordeelen.

»Als Procureur van den app[t] concludeert alzoo Mr. C. J. François, dat het den H.-R. moge behagen te niet te doen het vonnis van het Hof van Justitie in Suriname dd[o] 29 Julij 1881, en opnieuw regtdoende den app[t] toe te wijzen zijne ter eerste instantie genomen conclusie, strekkende dat geïnt.,

toen rendant van rekening en gedebatteerde, zal worden veroordeeld om aan den app^{t}, toen debattant, te betalen de bij schriftuur van debat geëischte som van *ƒ* 223.90 met en benevens de interessen, berekend ad 8 pCt. 's jaars, sedert den dag waarop de rekening is gesloten, zijnde 31 Dec. 1879, tot de afdoening toe, met veroordeeling van geïnt. in al de kosten van het rekening-proces, zoowel ter eerste instantie als in appel."

Ter wederlegging dezer grieven zijn namens den geïnt. I. E., comparerende bij den Procureur Mr. EYSSELL, de volgende beschouwingen aan de aandacht van den H.-R. onderworpen:

„De app^{t} vangt zijne schriftuur aan met eene groote onjuistheid door te zeggen, dat hij vergeefsche pogingen heeft aangewend om met zijn gewezen voogd tot eene minnelijke afrekening te geraken. De waarheid is, dat van den app^{t} geen enkel voorstel is uitgegaan om deze zaak te schikken, maar dat hij daarentegen alle voorstellen van den geïnt. heeft verworpen. Dit blijkt ten duidelijkste uit de conclusie van gedaagde in eersten aanleg vóór het vonnis tot het doen van rekening (van 20 Aug. 1880) genomen, uit de memorie van contra-debat en uit de brieven van des gedaagden practizijn van 19 Jan. en 21 Febr. 1881. De gedaagde is zelfs zóó ver gegaan, dat hij al hetgeen hij van den eischer te vorderen had heeft willen opofferen om buiten proces te blijven, waardoor hij aanvankelijk eene som van *ƒ* 3876.70 met renten en later eene som van *ƒ* 1756.24 met renten zou hebben opgeofferd. Doch de eischer heeft dat alles afgeslagen, omdat hij absoluut een proces met zijn gewezen voogd wilde voeren en doorzetten. Het Hof van Justitie heeft daaromtrent zeer teregt in zijn eindvonnis van 29 Julij 1881, gezegd: „dat uit „aanmerking dat debattant en gerendeerde, hoewel herhaal„delijk aan hem de gelegenheid tot minnelijke beëindiging „van de zaak is aangeboden, daarvan geen gebruik heeft „gemaakt, en zelfs na de memorie van contra-debat heeft

„voortgeprocedeerd, en al de gemaakte kosten door hem voor„komen hadden kunnen worden."

„Het is waar, dat de gedaagde aanvankelijk bij de rekening heeft gevorderd *f* 3876.70 met renten, en bij het contradebat slechts *f* 1755.24 met renten, zoodat hij heeft toegegeven *f* 2121.46 te veel te hebben gevorderd, maar dat heeft hij alleen gedaan om minnelijke schikking te bevorderen. Ongeveer de helft van die *f* 2121.46 zou de gedaagde naar streng regt niet hebben behoeven toe te geven. Alleen de vergissingen in de rekeningen maken hierop eene uitzondering, bedragende op post *een* van het debat *f* 179.95, op post *drie* *f* 25, op post *vier* *f* 550, op posten *vijf* *f* 324.31, dus gezamenlijk eene som van *f* 1079.26.

„I. Zoowel naar het oude als naar het nieuwe regt is een lasthebber buiten eenigen twijfel bevoegd om renten in rekening te brengen van de voorschotten, die hij als lasthebber heeft gedaan. Nu moge de geïnt. om persoonlijke consideratiën *voor de moeder* van den appt, die renten bij haar leven niet hebben in rekening gebragt, zulks neemt volstrekt niet weg, dat hij na haren dood, toen de appt wel in haar regten, maar ook in al hare *verpligtingen* was opgevolgd, mogt beginnen renten voor de voorschotten te berekenen, wanneer hij dat verkoos, en dat de kwijtschelding daarvan voor sommige jaren volstrekt niet involveerde eene kwijtschelding voor volgende jaren.

„Het Hof van Justitie zegt hieromtrent zeer teregt in zijn eindvonnis: „dat rendant, als gemagtigde van de wed. B. E., „zeer zeker volgens het alhier gevigeerd oud-Hollandsch regt, „interessen mag berekenen voor verschotten, die hij voor zijne „lastgeefster, de wed. B. R., heeft gedaan en haar erfgenaam, „debattant en gerendeerde, gehouden is die interessen, zijnde „8 pCt. 's jaars, aan dien gemagtigde te vergoeden."

„O. verder, dat nergens bij de wet is verboden, dat een „gemagtigde, die gelden aan zijn lastgever heeft voorgeschoten, „later rente voor die gelden mag berekenen, zoo hij die

„vroeger niet in rekening heeft gebragt, kunnende hieruit „alleen volgen, dat de lasthebber de vroeger hem verschuldigde „interessen aan zijnen lastgever heeft willen kwijtschelden."

„Bij dit punt moet ook niet uit het oog worden verloren, dat de geïnt. alleen en uitsluitend de gewone renten heeft berekend van zijne voorschotten, en daarmede is aangevangen op een tijdstip veel later dan de wet hem zou hebben toegestaan. En bovendien heeft hij, ten faveure van zijn pupil, afstand gedaan van de berekening van renten op renten, wat bij het jaarlijks opmaken en sluiten der rekeningen allezins geoorloofd zoude zijn geweest. Ook heeft de geïnt., mede ten voordeele van zijn gewezen pupil, en onverpligt, afgezien van het berekenen van interessen over de gedurende de voogdij gedane voorschotten, en van commissie over den geheelen duur van zijn beheer van de zaken van de wed. E.

„De app[t] is dus door zijn gewezen voogd in vele opzigten uitermate bevoordeeld.

„II. De geïnt. heeft van 21 Nov.—31 Dec. 1858 aan reparaties van matrozen-ponten betaald *ƒ* 286.38 en 31 Mei en 8 Junij 1860 voor hetzelfde doel *ƒ* 90.10. Daar dit werk verrigt werd door slaven, die van hunne dagloonen geen quitantie geven, heeft de geïnt. aangeboden die uitgaven met eede te bevestigen en tevens eene verklaring overgelegd van deskundigen. Uit des geïnt[s] memorie van contra-debat blijkt overtuigend, dat die uitgaven werkelijk moeten gedaan zijn, zoodat het Hof het opleggen van den eed niet noodig heeft geacht. Voorts is door quitantiën gestaafd, dat de materialen voor het repareren van die ponten bij verschillende leveranciers zijn aangekocht, en nu zal het toch wel geen verder betoog behoeven, dat die materialen door dagylooners in dagloon (zooals toen ter tijd altijd geschiedde) moeten verwerkt zijn.

„Het Hof heeft dan ook hieromtrent met groote juistheid overwogen:

„dat het van algemeene bekendheid is, dat het onderhoud

„van ponten eene zeer kostbare zaak was en nog is, daar „hieraan herhaaldelijk reparatiën moeten worden gedaan, wil „men ze in een goeden en bruikbaren staat hebben, terwijl „het ook tevens algemeen bekend is, dat destijds dergelijke „reparatiën bijna uitsluitend door slaven en dagloouers werden „gedaan, die voor het door hen verrigte werk geen quitantie „gaven;"

„dat het bedrag voor die reparatiën het Hof niet hoog „voorkomt, en debattant zijn debat (*sic!*) te dien aanzien „moet worden toegewezen."

„App' maakt nu bezwaar „dat deze posten van *ƒ* 286.38 en *ƒ* 90.10 niet hadden moeten zijn toegewezen alvorens de geïnt. den door hem aangeboden eed had afgelegd." Zooals reeds is opgemerkt heeft het Hof het afleggen van dien eed overbodig geacht. Doch mogt de H.-R. soms, in afwijking van het gevoelen van den plaatselijken regter, het afleggen van dien eed noodzakelijk achten, dan zal niets den hoogeren regter beletten den geïnt. alsnog op te leggen den door hem in eersten aanleg aangeboden eed.

„III. In eersten aanleg is uit de stukken overtuigend gebleken, dat geïnt. op 31 Dec. 1866 op app' *credit* heeft gebragt *twaalf* maanden rente ad 12 pCt. van eene som van *ƒ* 3606.63 in plaats van *vijf* maanden dierzelfde rente, zoodat hij app' bij vergissing bevoordeeld heeft met zeven maanden rente van die som van *ƒ* 3606.63, bedragende *ƒ* 252.46.

„Die som van *ƒ* 250.46 te veel in app' *credit* gebragt was natuurlijk van invloed op den verderen stand der rekening, daar aan app' ten onregte rente op rente van die som werd te goed gedaan.

„Geïnt. heeft bij zijne memorie van contra-debat zoo minutieus en onpartijdig mogelijk uitgerekend, dat bij die *ƒ* 252.46 nog aan renten moesten komen *ƒ* 259.49, zoodat in het geheel bij vergissing ten voordeele van den app' was gebragt een bedrag van *ƒ* 511.95.

„De geïnt. heeft, na aftrek van verschillende andere sommen, van die *f* 252.46 alleen de gewone renten berekend, zoodat de renten op renten in appᵉ *credit* ten zijnen voordeele zijn gebleven.

„Het Hof heeft zich met het cijfer van *f* 511.95 van het contra-debat vereenigd, en zijne gronden daarvoor opgegeven.

„De appᵗ beweert nu in appel, dat, vermits er sommige posten van debat zijn toegegeven, de op 31 Julij 1866 uitgezette som van *f* 3606.63 grooter had kunnen zijn, en derhalve de berekening van *f* 511.95, als te veel in appᵉ *credit* gebragt, niet juist is.

„Appᵗ verliest hierbij in de eerste plaats uit het oog, dat niet al de toegegeven posten van *debet* zijn anterieur aan 31 Julij 1866, zoodat de toegegeven posten van debat posterieur aan 31 Julij 1866 nooit van invloed konden zijn op dit bedrag van *f* 511.95. Appᵗ vergist zich dus, als hij zegt dat er op 31 Julij 1866 eene som van *f* 2121.46 meer had kunnen uitgezet zijn.

„Maar bovendien is appᵉ redenering op dit punt geheel onjuist. Waat als het op 31 Julij 1866 uitgezette kapitaal van *f* 3606.63 grooter had kunnen zijn, dan zouden ook de twaalf maanden renten op 31 Dec. 1866 geboekt, meer hebben bedragen, en dan zouden ook zeven twaalfden van die renten meer hebben bedragen dan de nu afgetrokken oorspronkelijke som van *f* 252.46. Dan ware dus het af te trekken bedrag grooter geworden dan *f* 252.46, welk grooter bedrag ook de renten hooger zoude hebben doen zijn.

„Eindelijk vermeent geïnt., dat appᵗ in deze zijne bemerking sub III is niet-ontvankelijk in appel. Bij het vele toch wat door geïnt. in eersten aanleg in appᵉ voordeel is toegegeven, betreffende renten, renten op renten en commissiën, is er in die instantie geen punt van debat van gemaakt, dat de sommen, die bij het contra-debat waren toegegeven, dadelijk invloed op de rente-berekening moesten hebben uitge-

oefend. Dat punt is in eerste instantie door beide partijen geheel onbesproken gelaten.

„En nu neemt app' geheel dezelfde conclusie als in eersten aanleg, zonder op zijn bezwaar sub III eene afzonderlijke conclusie te baseren.

„De conclusie van eischer in eersten aanleg omvatte vijf punten van debat, namelijk de volgende:

1°	punt	van	debat	de	som	van	ƒ	197.95.
2°	„	„	„	„	„	„	„	2644.86.
3°	„	„	„	„	„	„	„	401.48.
4°	„	„	„	„	„	„	„	550.—.
5°	„	„	„	„	„	„	„	324.31.

„Dus werd in 't geheel voor eene som van ƒ 4100.60 gedebatteerd, en vermits gedaagde primitief beweerde te vorderen te hebben ƒ 3876.70, zoo concludeerde eischer er toe, dat hem zou worden toegelegd eene som van ƒ 223.90.

„Van die som van ƒ 223.90 maken dus de vijf posten van debat den grondslag uit, en uit het debat blijkt, dat die som van ƒ 223.90 is de som van ƒ 4100.60 min ƒ 3876.70, en waaruit die som van ƒ 4100.60 bestaat.

„Nu heeft de app' bij zijne dagvaarding in appel gevorderd dat aan hem door den H.-R. zou worden toegewezen de bij de schriftuur van debat geëischte som van ƒ 223.90, en bij de memorie van grieven, waarin trouwens van de acte van appel niet zou mogen worden afgeweken, begint app' te zeggen, dat hij van meening is dat geïnt. hem een bedrag van ƒ 223.90 schuldig is. Ook in de conclusie aan het slot der grieven herhaalt app', dat de H.-R. hem toe zal wijzen zijne ter eerste instantie genomen conclusie, strekkende dat geïnt. zal worden veroordeeld om aan app' te betalen de bij de schriftuur van debat geëischte som van ƒ 223.90.

„Voor het bezwaar van den app' bij zijne memorie sub III ontwikkeld is dus, met het oog op app' conclusiën in hooger beroep geen plaats, en het punt van afzonderlijke

rente-berekening der toegegeven posten van debat is ter eerste instantie gedekt.

„Bovendien zoude dit bezwaar, zooals reeds is aangetoond ongegrond zijn.

„IV. De gedaagde heeft in eersten aanleg, alweder om minnelijke schikking te bevorderen, geconcludeerd, dat de kosten tot en met de memorie van contra-debat zouden worden gecompenseerd, en dat de eischer in al de verdere kosten zou worden veroordeeld. Het Hof heeft die conclusie niet gevolgd, maar uit overweging dat de eischer na de memorie van contra-debat heeft voortgeprocedeerd, en al de sedert door hem gemaakte kosten voorkomen hadden kunnen worden, den eischer veroordeeld in al de kosten aan zijne zijde gevallen en in een derde der kosten aan de zijde van den gedaagde verpleegd. Als men in aanmerking neemt, dat bij het vonnis van het Hof, geheel conform de conclusie van contra-debat, wat de rekeningen betreft, is beslist, dan meent de geïnt. de beslissing omtrent de kosten voor alleszins juist te mogen houden, en is hij van oordeel, dat ook op dit punt het vonnis *a quo* zal moeten worden bevestigd."

Op vorenstaande gronden verzocht en concludeerde Mr. M. Eyssell, qq.: dat bij 's H.-R.'s te wijzen arr., des noods met oplegging aan den geïnt. van den eed, welken hij in eersten aanleg zich bereid verklaard heeft af te leggen omtrent de reparatie der matrozen-ponten, zal worden te niet gedaan het hooger beroep en bevestigd het vonnis van het Hof van Justitie in Suriname 29 Julij 1881 tusschen partijen gewezen, waarvan is geappelleerd, met last dat dit vonnis geheel en volkomen gevolg hebbe, met veroordeeling van den app^t in de kosten van hooger beroep.

Ter teregtzitting is voor den app^t de volgende conclusie genomen:

„A. geïnt. bij zijne memorie van antwoord beweert dat app^t absoluut een proces met zijn gewezen voogd wilde voeren en doorzetten;

„A. deze bewering ten eenenmale ongegrond is en door de aan deze procedure ten grondslag liggende feiten wordt weersproken, dewijl toch, waar een voogd, gelijk *in casu*, zulk een hooge rekening inlevert, dat deze in regten tot minder dan de helft gereduceerd wordt, men aan een pupil moeijelijk ten kwade kan duiden dat hij aan dergelijke buitensporige eischen niet wil toegeven, te meer wanneer hij van meening is, dat de voogd geld aan hem schuldig is;

„A. app^t hier een kort overzigt wenscht te geven van zijne grieven en onder verwijzing naar zijne memorie van grieven met een enkel woord de beweringen door geïnt. bij zijn memorie van antwoord aangevoerd, zal trachten te wederleggen;

„Ad I. A. app^s eerste grief is, dat geïnt. rente heeft berekend van de voorschotten die hij aan de wed. E., app^s moeder, had gedaan, daar toch uit alles blijkt dat geïnt. aan app^s moeder het bedrag renteloos heeft voorgeschoten en de redenering van het Hof, als zou hier ten opzigte der moeder kwijtschelding van rente hebben plaats gehad, ten eenenmale onjuist is;

„ad. II. A. de tweede grief is, dat posten zijn toegewezen zonder dat de juistheid daarvan, bij app^s ontkentenis, in regten bewezen is;

„ad III. A. de derde grief is dat aan geïnt. is toegewezen eene som van *f* 511.95, welke deze beweert, dat ten onregte in app^s *credit* zou zijn gebragt;

„A. app^t de juistheid daarvan betwist heeft op grond dat geïnt. geen enkel bewijs voor de juistheid dier bewering heeft aangevoerd;

„A. app^t subsidiair in zijne memorie van grieven heeft aangetoond op gronden, waaraan hij zich kortheidshalve refereert, dat, aangenomen dat door de geïnt. eene som ten onregte in app^s *credit* zou zijn gebragt, het door geïnt. opgegeven cijfer in allen gevalle te hoog zou zijn;

„A. geïnt. beweert dat app^t in deze bemerking niet-

ontvankelijk is in appel, in substantie op grond dat dat punt in eerste instantie door beide partijen geheel onbesproken is gelaten en door app^t dezelfde conclusie als in eersten aanleg is genomen zonder op zijn bezwaar sub III eene afzonderlijke conclusie te baseren;

»A. de door geïnt. voorgestelde niet-ontvankelijkheid ongegrond is, daar toch hier geen nieuw debat gemaakt wordt;

»A. toch de kwestieuse post voor alles door app^t, gelijk uit het vonnis *a quo*, blijkt ontkend wordt, en hij ten allen overvloede, ongehouden als hij is in deze bewijs te leveren, eenige feiten stelt waaruit het ongegronde van geïnt^s beweringen ten dezen opzigte blijkt;

»A. de bewering dat app^t hierop eene afzonderlijke conclusie had moeten baseren, is onaannemelijk;

»A., gelijk teregt door geïnt. beweerd is, het door app^t gevorderde gebaseerd is op de memorie van debat;

»A. deze berekening echter gemaakt is met het oog op de door geïnt. ingeleverde rekening, waarop de kwestieuse post ad *f* 511.95 niet voorkwam, waarmede geïnt. eerst bij memorie van contra-debat zijne rekening vermeerderd heeft;

»A. nu deze post, die men bovendien in app^s nadeel wil brengen, door dezen ontkend werd, daaruit niet voortvloeit, zooals geïnt. ten onregte laat voorkomen, dat met dat bedrag app^s rekening zou moeten worden vermeerderd en dat app^s conclusie daarvan afzonderlijk melding moest maken, wilde hij in deze bemerking ontvankelijk zijn;

»A. integendeel die post, die, na de door geïnt. bedoelde in eersten aanleg genomen conclusie op de rekening werd gebragt, nu ze ontkend wordt, het bij die conclusie gevorderde bedrag geheel onveranderd laat;

»ad IV. A. app^t zich in de vierde plaats er mede bezwaard gevoelt dat hij veroordeeld is tot betaling van al de kosten aan zijne zijde gevallen en in een derde der kosten van geïnt., dewijl toch het proces niet veroorzaakt is door app^s onwil om

met zijn voogd te schikken, zooals geïnt. ten onregte beweert, maar door diens buitensporige eischen, ten bewijze waarvan dan ook van de vijf artikelen van debat door app' gemaakt, drie geheel en de beide anderen gedeeltelijk zijn toegegeven;

»Zoo concludeert Mr. C. J. François qq., dat het den H.-R. moge behagen te niet te doen het appel, mitsgaders het vonnis van het Hof van Justitie in Suriname dd° 29 Julij 1881, en, op nieuw regtdoende, den app' toe te wijzen zijne ter eerste instantie genomen conclusie, strekkende dat geïnt., toen rendant van rekening en gedebatteerde, zal worden veroordeeld om aan den app', toen debattant, te betalen de bij schriftuur van debat geëischte som van *f* 223.90 met en benevens de interessen berekend ad 8 pCt. 's jaars, sedert den dag waarop de rekening is gesloten, 31 Dec. 1879, tot de afdoening toe, met veroordeeling van geïnt. in al de kosten van het rekening-proces, zoowel ter eerste instructie als in appel."

Voor den geïnt. concludeerde Mr. M. Eyssell hierop als volgt:

»A. men het wel een pupil niet ten kwade kan duiden, dat hij, om tot het sluiten der rekening van wege zijne voogdij te komen, niet voldoen wil aan buitensporige eischen van zijn gewezen voogd, doch de app. deze stelling zeer ten onregte ten zijnen voordeele wil doen gelden, waar die gewezen voogd (gelijk bij de schriftunr van antwoord van 2 Febr. 1883 is herinnerd) *al* wat hij van den vroegeren pupil te vorderen had, heeft willen opofferen om tot minnelijke afdoening te geraken, en waar het vonnis *a quo* met juistheid opmerkt, dat die ex-pupil aan zijn lust tot procederen is blijven botvieren, nadat bij de memorie van contra-debat de rendant slechts had volhard bij *dat* deel zijner beweringen, waaromtrent de eerste regter hem heeft in het gelijk gesteld;

»A. ten opzigte van des app' twee eerste grieven niets nieuws bij zijne conclusie is vermeld, en de geïnt. dus uit

den aard der zaak kan volstaan met verwijzing naar den inhoud der reeds vermelde schriftuur van antwoord, bepaaldelijk ook tot de daarbij ten aanzien der tweede grief gemaakte, doch door den app' met stilzwijgen voorbijgegane opmerking, dat, zoo de H.-R. soms, in afwijking van het gevoelen des plaatselijken regters, het afleggen van den door geïnt. aangeboden eed noodzakelijk mogt achten, niets den regter zou beletten den geïnt. dien eed alsnog op te leggen;

„A. de app' bestrijdt het betoog der schriftuur van antwoord van de niet-ontvankelijkheid in appel zijner bewering sub III, doch die bestrijding hem in geen geval zal kunnen baten, daar, al ware ze gegrond, in volle kracht zou blijven, wat opzigtelijk dit punt bij antwoord is gezegd: „Bovendien zoude dit bezwaar, *zooals reeds is aangetoond*, geheel ongegrond zijn."

„A. eindelijk wat de app' aanvoert als bezwaar tegen de uitspraak omtrent de kosten voldoende wordt wederlegd door hetgeen hierboven omtrent de schuld aan het doorprocederen is voorop gezet;

„Zoo concludeert Mr. M. Eyssell, qq., dat bij 's H.-R.'s te wijzen arr., desnoods met oplegging aan den geïnt. van den eed, welken hij zich in eersten aanleg bereid heeft verklaard af te leggen omtrent de reparatie der matrozen-ponten, zal worden te niet gedaan het hooger beroep en bevestigd het vonnis door het Hof van Justitie in Suriname 29 Julij 1881 tusschen partijen gewezen, waarvan is geappelleerd, met last dat dit vonnis geheel en volkomen gevolg hebbe, met veroordeeling van den app' in de kosten van hooger beroep."

In deze zaak heeft, namens den Proc.-G., de Adv.-G. van Maanen de volgende conclusie genomen:

„Tusschen partijen is bij het Hof van Justitie in Suriname een rekening-proces gevoerd; de app. had zijn voogd, den geïntimeerde, als zoodanig gedagvaard om van zijn gehouden beheer rekening en verantwoording te doen, en bij het vonnis

a quo werd na debat en contra-debat de app. veroordeeld om aan zijn gewezen voogd te betalen eene som van *f* 1755.24, met de interessen ad 8 pCt. 's jaars sedert 4 Oct. 1880.

"Tegen die uitspraak is dit appèl gerigt en is als eerste grief aangevoerd: dat de geïntimeerde aan den app. renten heeft berekend van de voorschotten, die hij vroeger aan de wed. E., de moeder van den app., wier zaken hij administreerde, had gedaan, hoezeer hij aan deze dat bedrag renteloos had voorgeschoten, terwijl die voorschotten na haren dood waren gecontinueerd, zoodat de redenering van het Hof als zou hier kwijtschelding ten opzigte van de moeder hebben plaats gehad ten eenenmale onjuist is.

"Bij de beoordeeling dezer zaak en vooral van deze grief moet wel in het oog worden gehouden, dat de geïnt. tijdens het leven der moeder als haar lasthebber hare zaken administreerde, en naar haar dood voogd werd van den toen minderjarigen app.

"Van de aan de moeder gedane voorschotten had hij bij de jaarlijksche rekeningen geen renten gevorderd, en het Hof oordeelde op dien grond m. o. teregt, dat hij der moeder de renten had kwijtgescholden; er was dan ook geen voorschot van eene bepaalde som geweest, maar het door den administrateur van de moeder te vorderen bedrag verschilde naar gelang van den stand harer zaken.

"Bij den dood der moeder bedroeg dat voorschot naar des rendants oordeel *f* 2644.86, doch werd die som bij het debat teruggebragt op *f* 1090.71.

"Dat bedrag liet de voogd als lasthebber onverpligt in den boedel van den minderjarige en berekende daarover bij het doen der rekening de bij de wet bepaalde renten.

"Die berekening is èn volgens het oud Hollandsch regt (l. 12 § 3, ff. *Mandati vel contra;* Voet, lib. 17, tit. I, n° 10) èn naar ons regt, a. 1830 W.-I. B.-W., volkomen geoorloofd, wat dan ook niet is tegengesproken.

„En al nam men nu met den app[t] aan, wat intusschen ten processe niet blijkt, dat aan de moeder een renteloos voorschot was verstrekt, dan volgt daaruit geenszins, dat de lasthebber dat bedrag aan den erfgenaam van de lastgeefster, wiens zaken hij gelijkerwijs administreert, eveneens renteloos zou moeten blijven verstrekken; geene enkele bepaling der wet geeft aanleiding dit aan te nemen. En dat nu de geïnt. van het overlijden der moeder op 21 Sept. 1859 tot 1 Jan. 1860 ook aan app[t] geen rente berekende, en dat hij dit aanvankelijk ook niet over 1860 gedaan heeft, maar dit later overeenkomstig zijn regt hersteld, èn dat hij de *f* 713.14 kasgeld van het hem schuldigde kapitaal aftrok, in plaats van die som te verrekenen met destijds verschuldigde renten, bewijst wel des geïnt[n] welwillende gezindheid voor zijn pupil, toont aan dat hij ook dat bedrag wilde kwijtschelden, maar kan niet als bewijs gelden, dat hij het geld ook voor den vervolge renteloos heeft willen geven.

„Het voorbeeld *quid juris*, zoo voogd en lasthebber verschillende personen waren, is door den app[t] slecht gekozen, om het onhoudbare van 's Hofs stelsel aan te toonen, want òf de lasthebber ware administrateur gebleven en deze had dan renten kunnen rekenen, òf de voogd zelf de zaken administrerende had dan het bedrag eveneens tegen betaling van renten van dezen of van een ander moeten opnemen.

„De eerste grief komt daarom ongegrond voor.

„De tweede is eveneens ongegrond en betreft eenige op de rekening voorkomende posten, welke niet hadden moeten zijn toegewezen alvorens de geïnt. den eed door hem zelf aangeboden, had afgelegd, vermits de juistheid er van in regten niet bewezen is.

„Zij betreffen de bedragen *f* 90.10 en *f* 286.30, welke in 1858 in 7 keeren en in 1860 in 2 keeren zijn betaald, voor materialen en werkloon voor reparatie aan de pont en het corjaal.

„De rendant had aangeboden de juistheid dier uitgave *zoo noodig* met eede te staven, doch het Hof overwoog met volkomen juistheid, dat het van algemeene bekendheid is, dat onderhoud van ponten eene zeer kostbare zaak is, daar hieraan herhaaldelijk reparatiën moeten worden gedaan, en dat zij bijna uitsluitend door slaven en daglooners worden verrigt, die geene quitantiën geven en daarom oordeelde het Hof het opleggen van den eed overbodig.

„Zulks is ook geheel overeenkomstig de wet; a. 467, al. 3, W.-I. B.-W. bepaalt even als onze wet: „men zal in de „rekening van den voogd goeddoen alle noodzakelijke, betame„lijke en behoorlijk geregtvaardigde uitgaven," en nu behoeven zeker niet alle mindere en kleine uitgaven door kwijtingen te worden geregtvaardigd overeenkomstig de voorschriften van het wettig bewijs, maar het staat geheel aan den *judex facti* om te beslissen, of ze voldoende geregtvaardigd zijn; de affirmatie van den voogd omtrent de posten, waarvan de hoogste ruim *f* 50 bedroeg, achtte het Hof in deze genoegzaam (Diephuis, *B.-R.* V, 490; Laurent, V, 150 en 155; Marcadé II, n° 279, p. 264, en met de door app^t aangehaalde plaats van Dalloz, in voce *Compte*, n° 79 en volgg. vergelijke men Dalloz, in voce *Minorité*, n° 617 en volgg.)

„De derde grief is dat de geïnt. bij de memorie van contradebat en alzoo na het afleggen zijner rekening, beweerd heeft een bedrag van *f* 252.46 den 31^n Dec. 1866 ten onregte in app^s credit te hebben gebragt en daarvan renten ad *f* 259.49 heeft berekend.

„Volgens de rekening (prod. 11, folio 2 en 3) had de rendant voor de wed. E. op 31 Julij 1866 een legaat ontvangen groot *f* 10211 64 en had hij dientengevolge voor haar een saldo van *f* 3606.63. De renten van dat saldo bedroegen op 31 Dec. 1866 tegen 12 pCt. over 5 maanden *f* 180.34 en niet zooals ter aangehaalde plaatse in de rekening voorkomt *f* 432.80, wat bewijst dat de renten van die som

abusivelijk zijn berekend over het geheele jaar in plaats van over vijf maanden.

„Dat bewijs resulteert uit den inhoud der rekening zelve, en ten onregte wordt dus door den app^t^ beweerd, dat geen het minste bewijs is geleverd, dat minder aan renten voor uitgezet kapitaal is ontvangen dan werd verantwoord.

„Het Hof besliste voorts teregt, dat de rendant hier eene bij a. 727 W.-I. B.-W. geoorloofde herstelling van een misslag van berekening had plaats gehad.

„De app^t^ komt thans met een ander beweren: het bedrag van *f* 3606.63 had grooter moeten zijn, omdat de rendant zijne rekening met *f* 2121.46 had verminderd, en dus ook van dat bedrag renten in app^s^ voordeel hadden moeten zijn berekend, maar dat is m. o. een nieuw punt van debat, waarin hij thans niet meer ontvankelijk is. De app^t^ had dit debat, bij de comparitie voor den Regter-commissaris (a. 725 B.-R.) moeten moveren.

„Daarmede kan hij (a. 346 B.-R.) in appel niet aankomen; in eerste instantie is er in het geheel niet van gerept; bij de dagvaarding in appel wordt geheel dezelfde eisch gedaan als in eersten aanleg en is ook niet subidiair voor het geval dat de rendant te dezen aanzien werd in het gelijk gesteld, gevorderd vermindering van de *f* 511.95 met de renten verschuldigd van de *f* 2121.46.

„Dit punt van debat houdt bovendien geen het minste verband met de op 31 Dec. 1866 te veel berekende renten, omdat die, ruim *f* 2100, is het bedrag van al de gedebatteerde posten, waarop de gerendeerde door het Hof was in het gelijk gesteld, en deze betreffen niet 31 Julij en 31 Dec. 1866, maar geheel andere data.

„Deze nieuwe vordering is daarom in appel niet-ontvankelijk.

„De vierde grief betreft de kosten; de app^t^ is veroordeeld in die aan zijne zijde gevallen en in een derde der kosten van de tegenpartij.

„Hij beweert, dat hij de zaak in der minne heeft willen schikken; dat hij bovendien voor het grootste gedeelte bij het debat in het gelijk is gesteld, waaruit blijkt, dat hij alle regt en grond had om dit proces te voeren, en ten onregte in de kosten is veroordeeld.

„Het Hof overweegt dienaangaande, „dat debattant en ge„rendeerde, hoewel herhaaldelijk aan hem de gelegenheid is „aangeboden tot minnelijke beëindiging van de zaak, daarvan „geen gebruik heeft gemaakt, en zelfs na de memorie van „contra-debat heeft voortgeprocedeerd en al de sedert gemaakte „kosten door hem voorkomen hadden kunnen worden."

„Het Hof heeft geheel conform de conclusie van contra-debat, de rekening verminderd met *f* 2121.46; er heeft alzoo voor appt geen reden bestaan om door te procederen.

„De uitspraak van den *judex facti*, die met partijen en omstandigheden geheel bekend is, moet ook in dit opzigt alleszins juist en billijk worden geacht.

„Ik heb de eer te concluderen, dat de H.-R. het vonnis door het Hof van Justitie in Suriname in deze zaak gewezen, geheel en volkomen zal bevestigen, met veroordeeling van den appt in de kosten van het hooger beroep."

ARREST. — De H.-R. d. Ned. — Op het beroep van, enz.;

„Ten aanzien van de daadzaken en gevoerde procedure zich vereenigende met en overnemende hetgeen daaromtrent voorkomt in het vonnis *a quo*, 29 Julij 1881 tusschen partijen gewezen;

„O., dat dienvolgens in het tusschen partijen gevoerd proces van rekening en verantwoording van het door geïnt. als voogd van app. gevoerd beheer, na gehouden debat en contra-debat, het bedrag der *uitgaven*, op de rekening van den rendant, nu geïnt., is verminderd met *f* 2633.41, dat van den *ontvang* daarentegen verhoogd met *f* 511.95, zoodat die rekening sluit met een saldo ten behoeve van den rendant en gedebatteerde, groot *f* 1755.24, en de debattant, nu appt, is ver-

oordeeld deze som van *ƒ* 1755.24 te betalen, met interessen tegen 8 pCt. 's jaars van 4 Oct. 1880 af tot de voldoening, wijders in al de kosten aan zijne zijde, en een derde van die aan zijde van gedebatteerde verpleegd, daaronder begrepen die, gereserveerd bij 's Hoven vonnis dd. 20 Aug. 1880;

„O., dat de app' van het vonnis van 29 Julij 1881 is gekomen in hooger beroep; dat hij bij schriftuur en conclusie zijne bezwaren daartegen heeft ontwikkeld en voorts heeft geconcludeerd tot te-niet-doening van het appel en het vonnis *a quo*, en toewijzing zijner in eersten aanleg genomen conclusie, strekkende dat geïnt., toen rendant van rekening en gedebatteerde, zal worden veroordeeld om aan den app', toen debattant, te betalen de bij schriftuur van debat geëischte som van *ƒ* 223.90 met de interessen ad 8 pCt. 's jaars, sedert den dag, waarop de rekening is gesloten, zijnde 31 Dec. 1879, tot de afdoening toe, met veroordeeling in de kosten van het rekening-proces zoowel ter eerste instantie als in appèl;

„O., dat de geïnt. zoowel bij schriftuur vaa antwoord als bij conclusie het vonnis *a quo* tegen de bezwaren van app' heeft verdedigd en daarentegen heeft geconcludeerd dat, des noods met oplegging aan geïnt. van den eed welken hij zich in eersten aanleg bereid heeft verklaard af te leggen omtrent de reparatiën aan matrozen-ponten, zal worden te niet gedaan het hooger beroep en bevestigd het vonnis *a quo*, met last dat het geheel en volkomen gevolg zal hebben, en met veroordeeling van den app' in de kosten van het hooger beroep;

„Wat het regt betreft:

„O., dat de door app' tegen het vonnis *a quo* aangevoerde bezwaren de volgende zijn:

„1° dat aan geïnt. op de voogdij-rekening is goedgedaan eene som van *ƒ* 1090.70 voor rente voor aan de moeder van app', als lasthebber van deze, per saldo gedane voorschotten, hoewel die voorschotten geacht moeten worden renteloos te zijn verstrekt, omdat geïnt. gedurende het leven der moeder

en aanvankelijk zelfs na haren dood, op de rekening haar of haren boedel betreffende, geen rente gebragt heeft, maar van dat saldo, dat hij op de voogdij-rekening overbrengt, eerst later en wel over 1860 rente berekent, terwijl hij ook van de boedelberekening *f* 713.14 aan kasgeld heeft afgetrokken, niet van destijds verschuldigde renten, maar van het kapitaal;

„O. hieromtrent, dat geïnt. als lasthebber van app^{e} moeder, geregtigd was van zijne aan haar of haar boedel gedane voorschotten rente in rekening te brengen, dus ook van het saldo dier voorschotten, dat hem, volgens de boedelrekening toekwam, en teregt op de rekening van den app^{t}, als haar erfgenaam, was overgebragt;

„dat de omstandigheid, dat hij die rente bij het leven der moeder en te haren laste niet had berekend, hem niet kon versteken van het regt om dit later wel te doen ten laste van den app^{t} en van zoodanig tijdstip af als hij goedvond, noch ook om, zoo hij dat aanvankelijk niet had gedaan, zulks later op de rekening met app^{t} te herstellen, en dat het tegendeel alleen zou kunnen worden beweerd in zoover als de geïnt. deze hem verschuldigde renten mogt hebben kwijtgescholden; dat kwijtschelding echter in regten niet verondersteld wordt, maar moet worden bewezen, en dat het bewijs daarvan door de feiten waarop de app^{t} zich beroept, geenszins wordt geleverd;

„dat de eerste grief derhalve is ongegrond;

„2° dat de door geïnt. in rekening gebragte en in het vonnis *a quo* vermelde posten wegens reparatiën van ponten (gezamenlijk over 1858 ad *f* 90.10 en over 1860 ad *f* 286.30) hadden moeten zijn ontzegd, immers niet toegewezen, vóór dat geïnt. den door hem aangeboden eed afgelegd had;

„O., dat de eerste regter, bij de toelating dier posten heeft overwogen, dat het van algemeene bekendheid is dat onderhoud van ponten eene zeer kostbare zaak is, daar die herhaaldelijk reparatie vereischen, en tevens, dat deze destijds

bijna uitsluitend door slaven en daglooners werd gedaan, die voor het door hen verrigte werk geen quitantie gaven; voorts dat het bedrag van die reparatiën aan het Hof niet hoog voorkomt;

„O., dat er geen grond is om de juistheid dier beslissing in twijfel te trekken, weshalve het Hof die posten, als door den aard der zaak reeds genoegzaam geregtvaardigd, kon toelaten en teregt alle verder bewijs, ook aflegging van den daartoe aangeboden eed, ten aanzien daarvan heeft overbodig geacht;

„dat ook deze grief dus is ongegrond;

„3° dat de rekening van geïnt. ten onregte is vermeerderd met *f* 511.95 ten laste van app[t], op grond dat op die rekening over 1866 voor een bedrag van *f* 252.46 verkeerdelijk in app[s] *credit* gebragt was voor rente van ten behoeve van app[t] uitgezet kapitaal, als zijnde die rente niet over twaalf maanden, zooals daarop voorkwam, maar eerst van af 1 Aug., dus slechts over vijf maanden van dat jaar genoten, en als zijnde de geïnt. dien ten gevolge ook over de volgende jaren met de rente van die som van *f* 252.46 onverschuldigd belast;

„O., dat de app[t] thans in hooger beroep bij zijne schriftuur de onjuistheid van die toegekende vermeerdering, immers voor een gedeelte daarvan, tracht aan te toonen met becijferingen, waaruit zoude volgen dat, naar aanleiding van bij het gevoerde debat door den geïnt. toegegeven posten, het door geïnt. uit te zetten kapitaal grooter had kunnen zijn, en wanneer daarmede rekening was gehouden, het cijfer van *f* 252.46, dat den grondslag dier vermeerdering uitmaakt, aanmerkelijk kleiner, bij gevolg die vermeerdering zelve veel minder zou zijn geworden;

„O. echter, dat, daargelaten dat niet blijkt, dat de bedoelde door geïnt. toegegeven posten waren anterieur aan de door geïnt. gestelde uitzetting van *f* 3606.63, op 31 Julij 1866, of dat geïnt. meer kapitaal had kunnen en moeten uitzetten, de door den app[t] nu gevoerde beweringen in eersten

aanleg niet zijn geopperd; dat thans omtrent op de rekening voorkomende posten in geen nieuw debat kan worden getreden, weshalve de nieuwe gronden, ten betooge dat het na debat toen aangenomen cijfer van *f* 511.95 onjuist zoude zijn, buiten aanmerking blijven;

„dat ook de derde grief daarom onaannemelijk is;

„O., dat dit mede het geval is met de vierde of laatste grief, waarbij app^t zich beklaagt dat, ofschoon aan den geïnt. van het aanvankelijk door hem als batig saldo van rekening gesteld cijfer van *f* 4388.65 niet meer is toegewezen dan *f* 1755.24, app^t is veroordeeld in al de kosten zijnerzijds en in een derde van die van geïnt.;

„O. toch, dat app^t daarbij uit het oog verliest, dat de reductie van voormeld saldo hoofdzakelijk het gevolg is van het toegeven door geïnt. van door den app^t bij het debat betwiste posten der rekening;

O., dat het Hof daarin en in de omstandigheid dat de gerendeerde, hoewel hem herhaaldelijk de gelegenheid tot minnelijke beëindiging der zaak was aangeboden, daarvan geen gebruik heeft gemaakt en zelfs na de memorie van contra-debat heeft voortgeprocedeerd, en al de sedert gemaakte kosten door hem voorkomen hadden kunnen worden, teregt aanleiding heeft gevonden om, waar partijen over en weder in het ongelijk gesteld waren, den gerendeerde in een grooter deel der kosten te veroordeelen dan den rendant, en dat er geen enkele reden is om in die beslissing wijziging te brengen;

„O., dat dus alle bezwaren van den app^t tegen het vonnis *a quo* zijn ongegrond;

„Doet te niet het ingesteld hooger beroep;

„Bevestigt het vonnis door het Hof van Justitie in Suriname 29 Julij 1881 tusschen partijen gewezen.

„Veroordeelt den app^t in de kosten van deze instantie."

N° 1931. — Arrest van 22 Januarij 1885.

Koloniaal appel.

(A. 1 van het Regl., vastgesteld bij Kon. besluit van 28 Sept. 1850, *St.* n° 63, voor het hooger beroep van den H.-R. der Ned., van de arr[n] in burgerlijke zaken, in eersten aanleg gewezen door het Hooggeregtshof van N.-I.)

Is bij dit a. het hooger beroep toegelaten van eene vordering van onbepaalde waarde? — Neen.

1. *Schrifture van bezwaren.*

Tusschen partijen, de Regering van Ned.-Indië en den Chinees Tja Tjoen Sen, luitenant zijner natie en handelaar, wonende te Penaijoeng, Atjeh, is *in confesso* dat op 1 Nov. 1879 onderling is aangegaan eene schriftelijke overeenkomst, goedgekeurd op grond van het gouvernementsbesluit van 3 Oct. 1879, n° 10, voor de levering van sloepen, sampangs en praauwen tot vervoer van gouvernements-passagiers, goederen, gelden en vee van en naar de reeden te Analaboe, te Segli en te Samalangan, gedurende het toen nog loopende gedeelte van het jaar 1879 en het geheele jaar 1880, waarbij (a. 2) de gedaagde, nu app[t], zich verbond uitsluitend door eischer, nu geïnt., te doen leveren de sloepen met tent, open sampangs of praauwen, benoodigd tot vervoer van alle gouvernements-*passagiers*, goederen, gelden en vee, welke voor *'s lands rekening* van en naar genoemde reeden moesten worden overgevoerd, en zulks onder de voorwaarden en tegen de betaling in de volgende a. van 't contract vermeld.

In het begin van Julij 1880 kwam de bevolking van Samalangan in gewapend verzet en werd tot het dadelijk doen eener militaire expeditie naar Samalangan besloten. Op 13 Julij vertrokken lands-oorlogschepen met troepen, geschut, arbeiders en alle verdere benoodigdheden op bevel van den legerkommandant in Atjeh.

„De expeditionnaire magt werd door de scheepssloepen

aan wal gezet, — alles, schepen en troepen behoorde tot 's lands krijgsmagt.

De geïnt., oorspronkelijk eischer, bewerende dat deze troepen waren passagiers, die voor 's lands rekening naar Samalangan waren gereisd, en dat die allen niet van het oorlogschip mogten afgaan zonder in zijne praauwen of sloepen met tent te gaan, — was van oordeel dat, door dat handelen met eigen middelen, de app^e te kort had gedaan aan voormelde overeenkomst ten behoeve van passagiers en op reis gezonden goederen en vee. Hij stelde, daardoor verliezen en groote winsten gederfd te hebben en vorderde veroordeeling van app^t tot vergoeding van alle kosten, schaden en interessen door hem te dier zake geleden.

Als *eerste middel* van verwering tegen deze vordering werd door de gedaagde, nu app^e, beroep gedaan op a. 20 van het contract, bepalende: „dat, ingeval er eenig verschil nopens de „uitlegging der voorwaarden van 't contract ontstaat, de aan„nemer zich moet onderwerpen aan de beslissing van den „chef van het Dep. van Oorlog;" dat die chef nu reeds bij dispositie op geïnt^s request dd. 6 Dec. 1880 de zaak had beslist, en dat, wanneer al deze beslissing niet formeel mogt geacht worden, de eischer alsnog het verschil aan den legercommandant had te onderwerpen, zoodat de regter onbevoegd was, immers vooralsnog, zoolang de beslissing van den legercommandant omtrent de beteekenis van a. 2 der Voorwaarden niet was ingeroepen, de vordering niet-ontvankelijk moest verklaren.

Tegen de hoofdzaak werd door app^e aangevoerd, dat de ten processe bedoelde schepen, troepen, paarden en benoodigdheden uitmaakten één geheel, eene expeditie tegen het rijk van Samalangan, en dat eene ten strijde trekkende legermagt niet zijn de passagiers, bedoeld bij a. 2 van het contract.

Bij arr. van het Hooggeregtshof in Ned.-Indië dd. 12 Julij 1883 is de voorgestelde exceptie van onbevoegdheid verworpen en des eischers vordering toegewezen.

App^e voelt zich echter met deze uitspraak ten zeerste bezwaard, en voert daartegen de volgende grieven aan:

„I. Met betrekking tot de exceptie van onbevoegdheid.

„Ten opzigte van deze verwering overwoog het Hof, dat zij eene incompetentie vormt ten opzigte van den persoon, doch als gedekt moet worden beschouwd, omdat zij niet vóór alle andere middelen is voorgesteld.

„Daargelaten of het juist is, dat het hier eene bevoegdheid ten opzigte *van den persoon* en niet ten opzigte *van de zaak* geldt, kan bij lezing der conclusie van antwoord moeijelijk beweerd worden, dat eene andere verwering aan de exceptie van onbevoegdheid is voorafgegaan, want het eerste gedeelte der conclusie is geheel gewijd aan een beroep op a. 20 van het contract en daaruit is *onmiddellijk afgeleid* dat de regter ONBEVOEGD WAS, althans zoolang de beslissing van den legercommandant niet was ingeroepen, en hij de vordering NIET-ONTVANKELIJK moest verklaren.

„S. r. gaat het niet aan deze verwering, die *uno contextu* gevoerd is, in tweeën te splitsen en aan te nemen dat de onbevoegdheid eerst na de niet-ontvankelijkheid is opgeworpen.

„Doch aangenomen, dat het Hof wel bevoegd was de vordering tot schadevergoeding te beoordeelen, des neen, dan toch had geïnt. zich eerst tot den legercommandant moeten wenden en van dezen eene uitlegging vragen der beteekenis van a. 2 der Voorwaarden, en kon hij niet dan gewapend met eene voor hem gunstige uitlegging van dat a., de Regering aanspreken tot schadevergoeding en is hij tot zoolang met zijne vordering niet-ontvankelijk.

„Over de regtsgeldigheid van bedingen als a. 20 van het onderwerpelijk contract vergelijke men een arr. van den H.-R. dd. 26 Oct. 1877 (v. D. HON., *B.-R.* XLII, 392; *N. Rspr.* CXVII, 57) en een arr. van het Hooggeregtshof in Ned.-Indië dd. 15 Julij 1880 (*Regt in Indië*, XXXV, 95). Het Hooggeregtshof heeft echter gemeend de vraag: of geïnt. zich

eerst tot den legercommandant moest wenden alvorens zijne vordering aan den regter te kunnen onderwerpen, niet te moeten onderzoeken, omdat het Hof de exceptie van onbevoegdheid als gedekt beschouwde, en het nu niet meer zoude aangaan op hetzelfde contracts-artikel een beroep te doen tot niet-ontvankelijkverklaring der vordering.

„Steun voor deze leer heeft app' s. r. in de wet niet kunnen vinden.

„Aangenomen, des neen, dat de exceptie van onbevoegdheid als gedekt moet worden beschouwd, dan had het Hof nog moeten onderzoeken de vraag of geïnt. zich niet moest wenden tot den legercommandant, en alleen dan, wanneer deze eene voor geïnt. gunstige beschikking gaf, zich tot den regter mogt wenden tot het bekomen van schadevergoeding.

„App' meent hierop in appel met nadruk de aandacht te moeten vestigen.

„Wat de hoofdzaak zelve aangaat, meent app' dat toch bezwaarlijk onder een contract tot vervoer van gouvernements-passagiers, het debarkement van een expeditionair legercorps kan worden begrepen.

„Noch in den taalkundigen, noch in den dagelijkschen zin van het woord zijn korpsen eener ten strijde trekkende legermagt „passagiers," doch zijn onder deze laatsten alleen te verstaan *„reizende personen."*

„Uit de geheele overeenkomst blijkt, dat partijen niet anders dan over het vervoeren van *die personen*, zoo mede van gelden, goederen en vee hebben willen contracteren, zoodat a. 2 in geen wijderen zin mag worden opgevat.

„Zoo blijkt dit o. a. uit a. 9, waarbij het totaal in 14 maanden tijds over te voeren aantal passagiers is geschat voor Analaboe op 300, voor Segli op 240, en voor Samalangan op 120, — cijfers, die toch voorzeker niet het vermoeden wettigen, dat men bij het sluiten der overeenkomst ook het oog had op 't vervoer van expeditionaire troepenafdeelingen.

„Al moge nu bij het slot van dat a. de geraamde hoeveelheden niet als verbindende zijn gesteld, kunnen zij toch een bruikbaren maatstaf aan de hand geven ter beoordeeling van hetgeen partijen onder het vervoer van passagiers hebben willen verstaan.

„Volgens a. 10 moest geïnt. steeds de benoodigde vaartuigen en praauwruimte beschikbaar hebben, hetgeen onmogelijk zou zijn, zoo hij steeds voorbereid moest zijn op plotseling opkomende expeditiën, waarvan de uitgebreidheid niet is te voorzien. De aanvragen op praauwruimte moest 24 uur van te voren bij eischer worden bezorgd, hetgeen bij eene expeditie in strijd is met het Staatsbelang, omdat daardoor het geheim eener op handen zijnde expeditie niet bewaard kon worden en de bevelhebber niet vrij zou zijn in de keuze van het punt, waar hij de troepen wil laten debarkeren.

„De bewering van 't Hof dat, wanneer het Staatsbelang geheimhouding noodig maakt, niets het gouvernement belet om te handelen zooals het thans gehandeld heeft, mits het dat geheim dan als het ware koope door den aannemer te betalen wat hem zoude competeren, zoo het contract ware nagekomen, kan s. r. moeijelijk opgaan.

„Bij uitlegging der overeenkomsten toch, moet men, indien de bewoordingen voor onderscheiden uitleggingen vatbaar zijn, veeleer nagaan welke de bedoeling der handelende partijen geweest zij, dan zich aan den letterlijken zin der woorden binden, terwijl in geval van twijfel eene overeenkomst wordt uitgelegd ten nadeele van dengenen die iets bedongen heeft (*in casu* geïnt.) en ten voordeele van hem die zich verbonden heeft (*in casu* app^{e}, die zich verbonden heeft om door eischer, nu geïnt., uitsluitend te doen leveren sloepen, sampangs, enz.)

„Ten slotte blijkt nog uit a. 11, waarbij aan den aannemer is voorgeschreven om bij aankomst van ieder mailstoomer minstens één sloep en zes koijangs praauwruimte gereed te houden, dat het contract beperkt is tot het vervoer der gewone

bij mailstoomer aankomende of vertrekkende passagiers;

„Zoo concludeert Mr. C. J. FRANÇOIS, als procureur der app^{e}, dat het den H.-R. behagen moge te vernietigen het arr. van het Hooggeregtshof van Ned.-Indië 12 Julij 1883 tusschen partijen gewezen, en doende wat de eerste regter had behooren te doen, alsnog den eersten regter incompetent te verklaren, immers en in elk geval den geïnt., eerst eischer, met zijnen bij introductieve dagvaarding gedanen eisch en dienvolgens genomen conclusiën niet-ontvankelijk te verklaren, dan wel hem die te ontzeggen.

„Eindelijk den geïnt. te veroordeelen in al de kosten van het geding, zoo in eersten aanleg als in hooger beroep gevallen."

II. *Schriftuur van antwoord.*

„.... De geïnt., comparerende bij den advocaat en procureur Mr. A. M. VAN STIPRIAAN LUÏSCIUS, den inhoud der hem beteekende schriftuur van bezwaren zullende beantwoorden, stelde voorop eene exceptie van niet-ontvankelijkheid van het appel.

„Volgens a. 1 van het bij Kon. besluit van 28 Sept. 1850[1], *St.* n° 63, vastgesteld Regl., is het hooger beroep van den H.-R. der Ned. van arr^{n} van het Hooggeregtshof van Ned.-Indië toegelaten indien de Gouv. Gen. of de Regering van Ned.-Indië, als vertegenwoordigende den lande, worden aangesproken als gedaagden wegens eene niet zakelijke en geene belasting of pachten betreffende vordering, waarvan het onderwerp de waarde van *f* 10.000 te boven gaat.

„Hier geldt dus geenszins, gelijk volgens de Nederlandsche wet op de R.-O., dat appel is regel en niet-appellabiliteit uitzondering; integendeel, zal de vordering vatbaar zijn voor hooger beroep, dan moet vaststaan, dat het onderwerp de waarde van *f* 10.000 te boven gaat.

„En of dit het geval is, kan alleen worden uitgemaakt door het *petitum* der dagvaarding.

„*In casu* nu is bij dagvaarding gevorderd dat de nu appe, toen gedaagde, zou worden veroordeeld tot vergoeding aan den eigenaar van alle kosten, schaden en interessen door den eischer, nu geïnt., geleden door de in die dagvaarding omschreven wanpraestatie van gedaagde, *nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet.*

„Het quantum der gevorderde schadevergoeding is dus, volgens de dagvaarding, *onbepaald.* Mitsdien staat *niet* vast, dat het onderwerp *de waarde van f* 10.000 *te boven gaat.* Derhalve ontbreekt in deze de *conditio sine quâ non* voor toelaatbaarheid van het appel.

„Mitsdien zal de appe in het door haar ingesteld hooger beroep moeten worden verklaard niet-ontvankelijk, en de geïnt. stelt bij deze zijne daartoe strekkende exceptie vóór alle andere weren van regten voor, met conclusie, gelijk hierna zal worden uitgedrukt.

„Geheel *subsidiair,* en onder protest van ongehoudenheid geeft de geïnt., voor het onverhoopte en kwalijk denkbare geval van verwerping zijner exceptie van niet-ontvankelijkheid van het appel, zijn *antwoord op de grieven der appe:*

„De appe handhaaft bij hare schriftuur van grieven hare in eersten aanleg opgeworpen exceptie van onbevoegdheid van het Hooggeregtshof van Ned.-Indië. Die exceptie steunde hierop, dat bij a. 20 van het tusschen deze partijen 1 Nov. 1879 gesloten contract het onderwerpelijke geschil zou zijn onttrokken aan den gewonen regter der gedaagde en zou zijn onderworpen aan de beslissing van den chef van het Dep. van Oorlog.

„De defensie was dus eene exceptie van incompetentie *ratione personae,* en de appe zegt wel, de vraag daar te laten, maar betwist niet, dat werkelijk de exceptie geen andere was dan eene zoodanige.

„Maar dan had de gedaagde, nu appe, die exceptie en de daarop gebaseerde conclusie ook moeten voorstellen alvorens

eenige andere weren van regten of eenige andere verdediging voor te dragen (a. 13, Regl. op de B.-R.), op straffe van te zijn gedekt.

„En nu oordeelde het Hof, dat de gedaagde *in casu* een ander middel van verdediging aan die exceptie van incompetentie *ratione personae* heeft doen voorafgaan.

„En zulks is, schoon de app^e het betwist, volkomen juist.

„Immers uit de conclusie van antwoord in eersten aanleg blijkt duidelijk, dat de gedaagde heeft voorgesteld de defensie, dat het geschil tusschen partijen door de daartoe bij het contract aangewezen autoriteit was beslist en daarop thans bij den regter niet kan worden teruggekomen.

„Deze defensie, — zij zij dan, gelijk eischer, nu geïnt., meent, eene exceptie van gewijsde zaak, of wel, gelijk het Hof oordeelde, eene *andere* exceptie van niet-ontvankelijkheid — die defensie staat in de conclusie van antwoord *voorop*, en eerst daarop volgt de verwering, dat, zoo eene reeds gevallen beslissing van het geschil ontbreekt, dan hieruit wel zoude volgen, dat de eischer die beslissing nu alsnog kon inroepen, maar niet, dat hij met voorbijgang der autoriteit, aan wier uitspraak beide partijen zich bij het contract hebben onderworpen, het Hooggeregtshof zoude kunnen adiëren, — weshalve de regter zich incompetent behoorde te verklaren.

„Mitsdien is *in casu* de exceptie van incompetentie *ratione personae* eerst na eene andere verwering in regten voorgesteld, en mitsdien zeer juist door den eersten regter als *gedekt* aangemerkt.

„En ware die exceptie *in casu* niet gedekt, dan zoude zij toch als ongegrond moeten worden verworpen.

„Immers a. 20 van het contract van deze partijen heeft noch strekking, noch kracht om eene actie tot schadevergoeding, gelijk hier is ingesteld, of eene actie tot ontbinding van het contract met schadevergoeding, gelijk zou zijn ingesteld, zoo niet reeds tijdens de dagvaarding de duur van het

contract ware verstreken, — te onderwerpen aan de cognitie en definitieve beslissing van den chef van het Dep. van Oorlog, en derhalve aan den representant van eene der contracterende partijen.

„Maar het a. kan alleen bedoelen en tengevolge hebben dat, bij verschil omtrent de uitlegging van het tusschen partijen bestaande contract, voorshands en voorloopig zal moeten worden nageleefd de interpretatie van den chef van het Dep. van Oorlog.

„Met dat a. is vastgesteld een regel van orde, ter bevordering van geregelden gang van zaken, maar is niet uitgesproken onbevoegdheid des regters om later definitief te beoordeelen of eene der partijen in hare contractuëele regten is gekrenkt.

„App^e waagt zich dan ook bij de schriftuur van grieven niet aan betoog, dat het Hof onbevoegd zoude zijn om van de ingestelde vordering tot schadevergoeding kennis te nemen, maar, ook zwijgende van de exceptie van incompetentie deed voorafgaan, — beweert zij, dat de geïnt. in zijne actie tot schadevergoeding is niet-ontvankelijk, zoolang hij niet van den chef van het Dep. van Oorlog eene hem eischer gunstige interpretatie van a. 2 van het contract heeft verkregen, volgens a. 20.

„Maar ook dit beroep van app^e op a. 20 is onaannemelijk.

„Zal op dat a. beroep in regten kunnen worden gedaan, dan kan dit eeniglijk geschieden bij exceptie van incompetentie *ratione personae.* En deze exceptie is *in casu* gedekt, en ware zij dit niet, dan zou zij zijn ongegrond, gelijk een en ander hiervoren werd aangetoond.

„En, zoo een beroep op a. 20 kon plaats hebben in den nu door app^e gekozen vorm, dan nog zou dat beroep zijn ongegrond om den hiervoren aangewezen zin en strekking van dat a., waardoor aan den geïnt. volkomen is vrijgelaten zich bij den regter te beklagen, dat zijne mede-contractante in strijd met a. 2 heeft gehandeld en waardoor den regter volkomen is

vrijgelaten die klagt en de daarop gebaseerde actie tot schadevergoeding te beoordeelen.

„En nu de hoofdzaak.

„Bij het contract van 1 Nov. 1879 heeft het Gouvernement van Ned.-Indië zich verbonden uitsluitend door den aannemer (den eischer, nu geïnt.) te doen leveren de sloepen met tent, open sampangs of praauwen, benoodigd tot vervoer van alle gouvernementspassagiers, goederen, gelden en vee, welke voor 's lands rekening van en naar de reede o. a. te Samalangan moeten worden overgevoerd.

„En nu staat het vast, dat het Gouvernement in Julij 1880 een groot aantal militairen en paarden voor 's lands rekening van de reede van Samalangan naar den vasten wal heeft doen vervoeren *met sloepen van oorlogschepen en der Gouvernements-marine.*

„Deze hem beschadigende handelwijze acht de eischer, nu geïnt., in strijd met hetgeen waartoe het Gouvernement zich bij voormeld a. 2 jegens hem had verbonden.

„Tot staving hierop beroept de geïnt. zich in het algemeen op hetgeen hij in eersten aanleg reeds heeft aangevoerd en op de volkomen juiste motivering van den eersten regter.

„Immers hierdoor zijn de zoogenaamde bezwaren der app^e^ reeds *a priori* voldoende wederlegd.

„Slechts een enkel woord zal de geïnt. nog ter wederlegging dier bezwaren hierbij voegen.

„App^e^ meent, dat onder gouvernements-passagiers in voormeld a. 2 van het contract van 1 Nov. 1879 niet zijn te begrijpen korpsen eener ten strijde trekkende legermagt.

„Het tijdstip, waarop en de omstandigheden waaronder het contract werd gesloten bragten intusschen mede, dat contracterende partijen ook aan oorlogstoestand hebben moeten denken, — het geheele contract ressorteert onder het Dep. van Oorlog, doet alles geschieden onder toezigt en regeling van militairen en het contract gewaagt bijna alleen van militaire objecten, —

en het bij het sluiten van het contract vigerende besluit van den Gouv.-generaal van 26 Oct. 1872, *Ind. St.* n° 185, doelt op en gewaagt van contracten, gelijk dit, strekkende tot transport van alle marcherende troepen.

„Onder deze omstandigheden is onaannemelijk, dat onder de geheel algemeene uitdrukking van gouvernementspassagiers niet zouden zijn te begrijpen de ten strijde trekkende militairen, waaraan de contractanten juist voornamelijk moeten hebben gedacht, — is onaannemelijk, dat het Gouvernement niet zoude hebben willen bedingen, dat de geïnt. juist ook daarvoor transport-materiaal beschikbaar zou hebben te houden.

„Uit de beperkte cijfers van personen, in a. 9 genoemd, wil appᵉ het tegendeel afleiden.

„Maar ten onregte, want de raming van een klein getal personen in gewone omstandigheden, sluit niet uit de mogelijkheid van een groot aantal personen in buitengewone omstandigheden. Het slot van het a. stelt dit boven redelijken twijfel. De geïnt. zou die raming aan appᵉ niet hebben kunnen tegenwerpen, wanneer zij het groote transport in Julij 1880 van hem had verlangd. Evenmin mag zij daaruit een wapen smeden tegen de geïnt., waar deze zich beklaagt, dat hem een groot transport is onthouden.

„Volgens a. 10 zegt appᵉ moest geïntᵉ steeds de noodige vaartuigen en praauwruimte beschikbaar hebben, maar, zegt appᵉ verder, hoe zou dit mogelijk zijn als geïnt. steeds voorbereid moest zijn op plotseling opkomende expeditiën, waarvan de uitgestrektheid niet is te voorzien?

„Intusschen, volgens datzelfde a. moet eene aanvrage van de benoodigde transportmiddelen 24 uren te voren bij den geïnt. worden gedaan.

„Hoe de geïnt. in dien korten tijd met buitengewone middelen het buitengewone zal weten te praesteren, dient hem, die het bij contract geheel onbeperkt op zich nam, te worden overgelaten.

„Bekommernis, dat hem dit moeijelijk zou kunnen vallen,

mag geene reden zijn om hem tot zijne schade groote transporten te onthouden.

„Maar, zegt app^{e}, het Staatsbelang kan het 24 uren vooraf doen van zoodanige aanvrage wraken.

„Het argument, reeds vroeger gebezigd, maar ook reeds door het Hof gesolveerd.

„Het Staatsbelang *kan* zeer zeker vorderen dat het Gouvernement handelt in strijd met zijn contract. Het Gouvernement zal dan overeenkomstig dit Staatsbelang handelen, maar de contractsbreuk die het daardoor pleegt, zal het steeds *in foro civili* hebben te verantwoorden.

„Het beroep ten slotte der schriftuur van bezwaren op a. 11 is almede zonder waarde. De dáár vastgestelde beperkte verpligting van geïnt. bij aankomst van een mailstoomer laat in vollen omvang bestaan zijne in de a. 9—10 bedoelde, geheel onbeperkte verpligting tot transport. Hiervan en niet van het in a. 11 geregelde is in dit proces de rede.

„Op deze gronden, bij pleidooi te ontwikkelen, verzoekt en concludeert Mr. A. M. VAN STIPRIAAN LUÏSCIUS qq., dat bij arr. van den H.-R. der Ned. de app^{e} zal worden verklaard niet-ontvankelijk in het ten deze door haar ingesteld hooger beroep, met veroordeeling van de app^{e} in de kosten van het hooger beroep, en *subsidiair* voor het niet te verwachten geval van verwerping dezer exceptie van non-appellabiliteit, — dat alsdan bij 's H.-R.'^{s} te wijzen arr. zal worden bevestigd het arr. van het Hooggeregtshof van Ned.-Indië van 12 Julij 1883, waarvan is geappelleerd, met veroordeeling ook dan van de app^{e} in de kosten van het hooger beroep."

Ter audientie is voor de Regering van Ned.-Indië, app^{e}, de volgende conclusie genomen:

„A. geïnt. ten onregte beweert dat app^{e} niet-ontvankelijk zou zijn in haar appel, in substantie op grond dat de vordering zou zijn onbepaald en niet zou vaststaan dat het onderwerp de waarde van *f* 10.000 te boven gaat;

„A. al moge het gevorderd bedrag niet zijn uitgesproken de opsomming van datgene waarvoor vergoeding wordt geëischt, buiten kijf stelt, dat het verschil tusschen partijen over ƒ 15,540 en mitsdien over meer loopt dan over het bedrag, waarvoor appel is uitgesloten;

„A. toch door geïnt. in de dagvaarding wordt opgesomd het aantal passagiers en paarden, welke hij beweert dat hij krachtens contract had moeten vervoeren;

„A. daaruit in verband met het contract, — men zie o. a. geïnt° schade-staat (Prod. n° 23), ten duidelijkste blijkt dat het onderwerp de waarde van ƒ 10.000 te boven gaat;

„A. alleen dàn appèl is uitgesloten wanneer noch uit de dagvaarding, noch uit andere omstandigheden blijkt, dat het onderwerp de waarde van ƒ 10.000 te boven gaat;

„Zoo concludeert Mr. C. J. François, als procureur van de app°, dat het den H.-R. moge behagen, met verwerping van de exceptie van non-appellabiliteit, te vernietigen het arr. door het Hooggeregtshof van Ned.-Indië 12 Julij 1883 tusschen partijen gewezen, en doende wat de eerste regter had behooren te doen, alsnog den eersten regter incompetent te verklaren, immers en in elk geval den geïnt., eerst eischer, met zijnen bij introductieve dagvaarding gedanen eisch, en diensvolgens genomen conclusiën niet-ontvankelijk te verklaren, dan wel hem dien te ontzeggen;

„Eindelijk den geïnt° te veroordeelen in al de kosten van het geding zoo in eersten aanleg als in hooger beroep gevallen."

Voor den geïnt° concludeerde Mr. A. M. van Stipriaan Luïscius daarop als volgt:

„A. de geïnt° zich geheel blijft gedragen aan den inhoud zijner beteekende schriftuur van antwoord;

„Zoo concludeert Mr. A. M. van Stipriaan Luïscius qq., dat bij arr. van den H-R. der Ned. de app° zal worden verklaard niet-ontvankelijk in het ten deze door haar ingesteld hooger beroep, met veroordeeling van de app° in de kosten

van het hooger beroep, en *subsidiair* voor het niet te verwachten geval van verwerping dezer exceptie van non-appellabiliteit, dat alsdan bij 's H.-R's te wijzen arr. zal worden bevestigd het arr. van het Hooggeregtshof van Ned.-Indië van 12 Julij 1883, waarvan is geappelleerd, met veroordeeling ook dan van de app^e in de kosten van het hooger beroep."

Namens den Proc.-G. is door den Adv.-G. GREGORY in deze zaak de volgende conclusie genomen:

„De geïnt. TJIA TJOEN SIN dagvaardde de Regering van N.-I., nu app^e, tot vergoeding van alle kosten, schaden en interessen, door hem, zooals hij beweerde, geleden ten gevolge van anti-contractuëele handelingen harerzijds, *nader op te maken bij staat.*

„Die anti-contractuëele handelingen waren, volgens den geïnt., deze, dat de app^e zich bij contract van 1 Nov. 1879 had verbonden om uitsluitend door de geïnt^e te doen leveren de sloepen met tent, open sampongs of praauwen, benoodigd tot vervoer van alle Gouvernements-passagiers, goederen, gelden en vee, welke voor 's lands-rekening van en naar de reeden te Analaboe, te Segli en te Samalangan moesten worden overgevoerd, en in strijd daarmede, 2218 militairen en 44 paarden, met sloepen van oorlogschepen en van de Gouvernements-marine had doen vervoeren.

„De app^e begroette deze vordering met eene *dubbele exeptie*, vooreerst met eene soort van *exeptio rei judicatae*, dat het geschil reeds was beslist door de militaire autoriteit, aan welke, krachtens a. 20 van het contract, de beslissing was opgedragen, en vervolgens met eene *exceptie van onbevoegdheid*, dat, krachtens gemeld artikel, de gewone regter onbevoegd was van de zaak kennis te nemen.

„Het Hoog Geregtshof van N.-I. deed uitspraak bij arrest van 12 Julij 1883, verklaarde de laatstgenoemde exceptie voor gedekt, verwierp den anderen grond van niet-ontvankelijkheid, wees den geïnt. zijne vordering toe, veroordeelde de app^e tot

vergoeding aan den geïnt. van alle kosten, schaden en interessen, nader op te maken bij staat en te vereffenen ingevolge de wet, verklaarde het arrest uitvoerbaar bij voorraad, niettegenstaande hooger beroep, revisie of verzet, en veroordeelde de app° in de kosten van het geding.

„De app° is van dat arr. gekomen in hooger beroep. Bij memorie van antwoord evenwel is door den geïnt. opgeworpen *de exeptie van niet-ontvankelijkheid van het appel.*

„De *eerste* vraag dus, die zal moeten worden beantwoord, betreft de *appellabiliteit* van het arr. *a quo.*

„Volgens a. 1 van het Reglement, vastgesteld bij Kon. besluit van 28 Sept. 1850, *St.* n° 68, is „het hooger beroep aan den Hoogen Raad der Nederlanden van arresten door het Hoog Geregtshof in N.-I. in eersten aanleg in burgerlijke zaken gewezen, toegelaten indien de Gouv.-generaal of de Regering van N.-I., als vertegenwoordigende den Lande, worden aangesproken als gedaagde wegens eene niet zakelijke en geene belasting of pachten betreffende vordering, waarvan het onderwerp de waarde van *f* 10.000 *te boven gaat.*" Terwijl nu voor de uitspraken van den regter in Nederland hooger beroep *regel* is, is voor de uitspraken van den regter in N.-I. appèl *uitzondering.* Of nu het hooger beroep al dan niet is toegelaten moet uit den inhoud van de *dagvaarding* en van *deze alleen* worden opgemaakt. Andere schrifturen mogen daarbij niet in aanmerking komen.

„En wat is nu *in casu* het geval? In de dagvaarding ontbreekt de vermelding van eenig bedrag, welk ook. Wel wordt daarin gelezen dat er 2218 man en 44 paarden zijn vervoerd, maar niet tegen welken prijs dat vervoer, indien het door den geïnt. ware geschied, zou hebben plaats gehad. Nu wordt wel van de zijde der app° beweerd, dat die getallen moeten worden vermenigvuldigd met de cijfers der in het contract genoemde prijzen, maar het contract maakt geen deel uit van de dagvaarding. En bovendien zou, gelijk teregt

door den geëerden pleiter van den geïnt. is aangevoerd, de bedoelde vermenigvuldiging het juiste cijfer der geleden schade niet aangeven, omdat van de verkregen som zou moeten worden afgetrokken het bedrag der kosten, die de geïnt. zou hebben moeten maken voor de levering der vervoermiddelen, welke kosten thans, omdat hij die niet heeft geleverd, niet door hem zijn gemaakt.

„Wat echter wel in de dagvaarding gevonden wordt, is dit, dat het bedrag *niet* vaststaat, omdat daarin wordt gezegd dat de schade *nader zal worden opgemaakt bij staat.* Bij een arr. van nog recenter datum, nl. dat van 31 Dec. 1880 (*N. Rspr.* CXXVI, § 38, p. 301; v. d. Hon., *B.-R.* XLV, 421) heeft de Raad uitgemaakt, dat, waar dit in de dagvaarding voorkomt, het bedrag der schade, dat nog tot op het laatste oogenblik kan worden gewijzigd, *onzeker* is en mitsdien het bedoelde hooger beroep niet is toegelaten.

„Met betrekking tot dit onderwerp neem ik de vrijheid den Raad nog te verwijzen naar het arr. van 23 Junij 1854 (*N. Rspr.* XLVIII, § 2, p. 20 (*) en naar de uitspraken, aangehaald in

(*) Dit arr., indertijd niet in deze *Verzameling* opgenomen, volgt hier:

„De H.-R. der Ned. enz.;

„O., dat de geïnte (hoezeer geen bepaalde exceptie deswege voorstellende) echter bij schriftuur en pleidooi bedenkingen omtrent de niet-ontvankelijkheid van het hooger beroep heeft gemaakt, en dit als een punt van openbare orde vóór alles moet worden onderzocht;

„O. te dien aanzien, wat de feiten betreft, voor zoover die in deze in aanmerking komen, dat bij introductief exploit van dagvaarding door de geïnte, aldaar eischesse, is opgegeven, dat wijlen G. A., als algemeen ontvanger te Samarang, ingevolge bestaande bepaling heeft gesteld een borgtogt ten behoeve van het gouvernement voor alle schade en verliezen, door zijne verkeerde administratie te berokkenen; — dat niettegenstaande dezen borgtogt, welke alsnog bestaat, nog bovendien de geïnte, zoo voor zich zelve als in hoedanigheid van voogdes over hare minderjarige kinderen, als gezamenlijke erfgenamen van genoemden A., wordt aansprakelijk gesteld voor de geheele, door wijlen meergemelden G. A., als algemeene ontvanger gevoerde administratie, en dat het gouvernement, van dat

de conclusie van mijn ambtgenoot POLIS, voorafgaande aan het arr. van 31 Dec. 1880.

»Ik kan mij moeijelijk voorstellen dat door den H.-R. *in casu* anders zou worden beslist dan bij genoemd arr. in 1880, en kan dus zeer kort zijn het onderzoek naar hetgeen regtens wezen zou in geval de appellabiliteit wèl door UEHA. werd aangenomen.

---

beginsel uitgaande, de req^e aansprakelijk houdt: 1° voor de tekortkomst, welke eventueel op de in 's lands kas te Samarang gedeponeerde duiten, volgens opgave bedragende *f* 5.625,000, mogt bevonden worden te bestaan; 2° van de req^e heeft ontvangen *f* 3338.54 duiten, ter zake als bij de dagvaarding omschreven, en 3° van dezelve heeft gevorderd de som van *f* 2384, — ter zake als mede bij die dagvaarding is vermeld; — dat die handelingen zijn in strijd met de bestaande bepalingen, daar de erfgenamen of regtverkrijgenden van een comptabel ambtenaar alleen aansprakelijk blijven tot het bedrag van den borgtogt, voor den overleden rekenpligtige bepaald, en voorts bij die dagvaarding is geconcludeerd, dat het den Hove moge behagen bij arr. te verklaren, dat de req^e, als representerende de gezamenlijke erfgenamen van wijlen den heer G. A., in leven algemeen ontvanger te Samarang, niet verder voor de door dezen gevoerde administratie aansprakelijk zijn dan tot het bedrag van den borgtogt, voor dezen bepaald en alsnog gesteld, en in de tweede plaats het gouvernement van N.-I. te condemneren om aan de req^e terug te betalen de som van *f* 3338.54 duiten recepis, door het gouvernement van de req^e ontvangen, zonder dat zulks aan hetzelve verschuldigd was, met de wettelijke interessen van af de dagvaarding, en de kosten; dat hiertegen van wege den app., aldaar gedaagde, is voorgesteld de exceptie van onbevoegdheid, en bij het arr., waartegen beroep is ingesteld, die exceptie is verworpen;

»O. ten aanzien van het regt dat, blijkens a. 1 van het Regl. betreffende het hooger beroep aan den H-R der Ned. van de arr^n in burgerlijke zaken gewezen door het Hooggeregtshof in N.-I., vastgesteld bij Kon. besluit van 28 Sept. 1850, *St.* n° 63, in verband met a. 91 R.-O., het hooger beroep aan dezen Raad is toegelaten van arr^n, door het Hooggeregtshof in N.-I. in eersten aanleg en burgerlijke zaken gewezen, indien de Gouverneur-generaal of de Regering van N.-I., als gedaagde wegens eene niet zakelijke en geene belasting of pachten betreffende

„Vooreerst dan de exceptie van *onbevoegdheid*. Heeft men hier te denken aan eene exceptie van incompetentie *ratione personae*, gelijk is beweerd, dan wel *ratione materiae?*

„Ik zou meenen dat er hier van de *eerstgenoemde* sprake is en wel omdat de beweerde onbevoegdheid niet betreft het *onderwerp van het geschil* (vlg. het arr. van den Raad van 3 Nov. 1882 (*N. Rspr.* CXXXII, § 5, p. 27; v. D. Hon.,

---

vordering, waarvan het onderwerp de waarde van *f* 10.000 te boven gaat, werd. aangesprok n

„O., dat de H. R. de regtsmagt om in hooger beroep van die zaken kennis te nemen, aan deze opdragt ontleenende, in geen geval tot die kennisneming bevoegd is, tenzij het gevorderde de waarde van *f* 10.000 te boven gaat, en dit alzoo ook geldt ten aanzien van arr^n^ omtrent de al of niet bevoegdheid des regters gewezen, terwijl a. 333 B.-R., waarop men zich beroept, in dit reglement niet is opgenomen, en alleen geldt ten aanzien van vonnissen, in het hoogste ressort gewezen, waartegen dan de gewone voorziening in hooger beroep wordt opengesteld, en welk a. alzoo hier is buiten toepassing;

„O., dat uit de hiervoren vermelde feiten niet blijkt, dat de ingestelde vordering *f* 10 000 te boven gaat; — dat ook dan, wanneer men de verklaring, welke van den eersten regter geëischt is, als een eigenlijk *petitum* mogt kunnen aanmerken, en als niet in verband staande en zich bepalende tot hetgeen werkelijk gevorderd is (*in casu* meer dan *f* 10.000), uit hetgeen verd r bij dagvaarding als tusschen partijen in geschil is aangevoerd geen hooger bedrag der vordering consteert, omdat bij het niet instellen eener vordering deswege, die beweringen niet aan het oordeel des regters zijn onderworpen, en alzoo in dit geding niet kan worden onderzocht, noch uitgemaakt, of werkelijk die verschillen bestaan en zoo ja, of de gevraagde verklaring de beweringen der eisch^sse^ te dien aanzien zoude justificeren;

„O., dat deze bewering *in casu* niet in aanmerking kunnende worden genomen, de algemeenheid dier verlangde verklaring, welker uitwerking alleen met betrekking tot het gevorderde in dit geding kan worden beoordeeld, zeker niet voldoende is om aan te nemen dat de in deze ingestelde vordering *f* 10.000 te boven gaat, en dat, hiervan niet blijkende, het ingestelde hooger beroep niet is ontvankelijk;

„Verklaart den app. niet ontvankelijk in het ingesteld hooger beroep, en veroordeelt denzelven in de kosten, daarop gevallen."

B.-R. XLVIII, 1).. Voor die meening mag ik mij ten aanzien van het geval in quaestie ook beroepen op de Regering en hare Memorie van Toelichting (v. d. Hon., *Handb. voor de R. Regtsv.*, § 155, p. 277) Is dit juist, dan is die exceptie als niet voorgesteld vóór alle andere weren van regte, in het arr. *a quo* teregt als *gedekt* beschouwd.

„De app° beweert, dat aan deze exceptie geen ander verdedigingsmiddel is voorafgegaan. Uit de conclusie van antwoord blijkt echter het tegendeel. Doch al ware dit zoo, dan zou toch de exceptie als ongegrond moeten worden verworpen, omdat niet, zooals in het geval, beregt bij arr. van dezen Raad dd. 26 Aug. 1877 (*Weekbl.* n° 4170) bij het contract de tusschenkomst der regterlijke magt uitdrukkelijk is uitgesloten, maar in a. 20 alleen wordt gelezen, dat, in geval er eenig verschil *nopens de uitlegging der voorwaarden* ontstaat, de aannemer zich aan de beslissing van den chef van het Departement van Oorlog onderwerpt.

„Teregt heeft het Hooggeregtshof ook den anderen grond van niet-ontvankelijkheid verworpen, deze nl , dat het geschil reeds door de militaire autoriteit was beslist, die op het request om schadevergoeding afwijzend had beschikt. De bevoegdheid toch tot het geven van zulk eene beslissing is aan die autoriteit bij het contract niet gegeven.

„Met de uitspraak evenwel van het Geregtshof *ten principale* kan ik mij geenszins vereenigen, dewijl m. i. ten onregte daarbij eene *expeditionnaire* krijgsmagt onder de benaming *gouvernementspassagiers* wordt gebragt, waarvan in het contract gesproken wordt. Taalkundig zeer zeker kunnen onder *passagiers* geen *troepen* worden begrepen. Wil men nu de bedoelde beteekenis toch aan dat woord hechten, dan moet zij *uitdrukkelijk* in het *contract* daaraan zijn gegeven.

„Het tegendeel echter is waar, want uit de a. 9 en 10 blijkt duidelijk, dat de contractanten geen *militaire expeditie* op het oog hebben gehad. Zulke contracten worden, voor

zoover het vervoer van personen betreft, alleen aangegaan voor de verplaatsing van officieren, het verwisselen van militaire posten, het evacueren van zieken enz.

„Ik mag hier verwijzen naar een arr. van den Raad van 25 Nov. 1870 (*N. Rspr.* XCVI, § 23, p. 191; v. d. Hon., *B.-R.* XXXV, 174), waarbij *in terminis* is beslist dat onder de benaming *passagiers* geen *expeditionnaire troepen* kunnen worden begrepen.

„Wat eindelijk betreft het beroep gedaan op het besluit van den Gouv.-Generaal van N.-I. dd. 26 Oct. 1872 (*Ind. St.* n° 185), zoo betwijfel ik zeer of daaruit eenig deugdelijk argument kan worden geput. *In casu* mist in elk geval het beroep zijne waarde, omdat het, naar a. 92*b* niet toepasselijk is op reizen binnen de grenzen van eenig *oorlogstooneel* en de plaatsen, waarvan in het contract gesproken wordt, destijds alle tot het *oorlogstooneel* behoorden.

„Doch, zooals hierboven werd gezegd, de uispraak is, naar mijne zienswijze, *niet voor hooger beroep vatbaar*, en ik heb daarom de eer te concluderen, dat de H.-R. de app^e zal verklaren niet-ontvankelijk in haar hooger beroep en haar zal veroordeelen in de kosten, daarop gevallen."

ARREST. — De H.-R. d. Ned. — Op het beroep van, enz.;

„O., dat de app^e namens den geïnt. in eersten aanleg is gedagvaard voor het Hoog Geregtshof in Ned. Indie, ten einde te worden veroordeeld tot vergoeding aan den geïnt., van alle kosten, schade en interessen door hem geleden door zekere anti-contractueële handelingen van de app^e, nader op te maken bij staat en te vereffenen ingevolge de wet, met veroordeeling in de kosten des gedings;

„O., dat deze vordering bij arr. van 12 Julij 1883 in dezelfde bewoordingen door het Hof is toegewezen, waarop de app^e daarvan in hooger beroep is gekomen bij deze Raad, doch door den geïnt. bejegend is met eene exceptie van niet-ontvankelijkheid in dat hooger beroep;

„O. daaromtrent dat, volgens a. 1 van het Regl. vastgesteld bij Kon. besluit van 28 Sept. 1850, *St.* n° 63, het hooger beroep in deze is toegelaten wegens eene vordering waarvan het onderwerp de waarde van *f* 10.000 te boven gaat;

„O. evenwel, dat het bedrag waarop de in dit geding gevorderde schadevergoeding zal moeten bepaald worden, niet bij de dagvaarding is aangegeven, maar uitdrukkelijk overgelaten aan eene nadere regeling, evenals zulks ook bij het veroordeelend arr. is geschied;

„O., dat dus de waarde van het onderwerp der vordering geheel onbepaald zijnde niet kan gezegd worden het bij genoemd Regl. bepaalde te boven te gaan, en het ingestelde beroep dus teregt met voormelde exceptie is bestreden;

„Verklaart de app° niet-ontvankelijk in haar hooger beroep;

„Veroordeelt haar in de kosten, daarop gevallen."

N° 1932. — Arrest van 22 Januarij 1885.

(A. 1079, 1082, 1086, 1°, B.-W.)

Kan de beneficiaire erfgenaam volstaan met rekening en verantwoording te doen aan de gezamenlijke schuldeischers en legatarissen en behoeft hij dit niet te doen aan elken crediteur afzonderlijk? — JA.

Moet hij geacht worden nalatig te zijn gebleven, wanneer hij, hoewel reeds door een enkelen schuldeischer tot aflegging van rekening gesommeerd, zich binnen den bij de wet bepaalden tijd van zijne wettige verpligting op wettige wijze kwijt? — NEEN.

Namens den Proc.-G. heeft de Adv.-G. POLIS in deze zaak de volgende conclusie genomen:

„De verw° in cassatie, beneficiaire erfgenamen van A. V., hebben den termijn van a. 1082 B.-W. laten voorbijgaan zonder rekening te doen.

„Toen die termijn bijna 17 maanden verstreken was, heeft de eischer in cassatie op 17 Febr. 1883 de verw°

gesommeerd om *binnen tien dagen* aan hem, als schuldeischer van de nalatenschap van voornoemden V., te doen rekening en verantwoording, waarop de verw^{s} *binnen den bij de sommatie gestelden termijn*, het bij a. 784 B.-R. bedoelde request aan de regtb. te Tiel, den ten deze competenten regter, hebben ingediend, daarvan aan den eischer kennis hebben gegeven bij exploit van 27 Febr. 1883 en op den 9^{n} Mrt. d. a. v., denzelfden dag waarop door de regtb. was bepaald de termijn tegen welken de bekende en onbekende belanghebbenden bij openbare dagvaarding zouden worden opgeroepen, hunne rekening met de bescheiden ter Griffie van de regtb. hebben nedergelegd, waarop de openbare dagvaarding, met inachtneming van den door de regtb. bepaalden termijn, is geschied bij exploit van 14 Mrt. 1883, dat overeenkomstig de beschikking der regtb., aangeplakt en in de aangewezen dagbladen geplaatst is, terwijl eindelijk op 17 Mrt. 1883, de bekende belanghebbenden, ook de eischer in cassatie, bij circulairebrieven door middel van de griffie zijn opgeroepen.

„Dat alles staat feitelijk vast. De eischer heeft echter daarmede geen genoegen genomen, maar bij exploit van 21 Mrt. 1883 de verw^{s}, als waren zij ook na de sommatie nalatig gebleven te voldoen aan hunne verpligting tot het afleggen van rekening, gedagvaard tot betaling van hetgeen hij van den erflater te vorderen had. Die vordering werd door de regtb. toegewezen, maar is in appel bij het aangevallen arr. ontzegd, op grond 1° dat de sommatie *volgens haren letterlijken inhoud* strekt, niet om aan de gezamenlijke schuldeischers van de beneficiaire nalatenschap rekening te doen, maar om die te doen speciaal aan den geïnt. (nu eischer) als schuldeischer; dat de app^{n} (nu verw^{s}) daartoe niet waren verpligt, en dat dus eene niet-opvolging van de sommatie van 17 Febr. 1883, a. 1086 niet op hen toepasselijk kan maken, en 2° dat, ook al neemt men aan dat de sommatie de strekking had de verw^{s} in cassatie aan te manen

tot het doen hunner rekening *aan alle schuldeischers der nalatenschap gezamenlijk*, ook dan a. 1086 B. W op de verw^s^ in cassatie niet toepasselijk is, omdat zij, handelende zooals zij gehandeld hebben, niet zijn in gebreke gebleven om aan hunne *verpligtingen tot het doen van rekening aan alle schuldeischers gezamenlijk te voldoen.*

„Het *middel*, dat tegen die beslissing wordt voorgesteld, heet: schending of verkeerde toepassing van de a. 1078, 1079, 1082, 1086 B W., 784 B.-R., doordien bij het beklaagde arr., op grond dat beneficiaire erfgenamen, zelfs na het verstrijken van den termijn van a. 1082 slechts verpligt zijn rekening en verantwoording te doen aan alle belanghebbenden gezamenlijk, en binnen den bij de sommatie gestelden termijn het bij a. 784 B.-R. bedoelde request indienende (hoezeer eerst na het verstrijken van den termijn, zij het ook vóór de dagvaarding, de rekening en verantwoording deponerende) niet kunnen beschouwd worden als in gebreke gebleven om aan hunne verpligting tot het doen van rekening te voldoen.

„Dat de beneficiaire erfgenaam niet verpligt is aan elk der crediteuren van de nalatenschap afzonderlijk rekening en verantwoording te doen van zijn beheer, maar dat hij volstaan kan met die rekening en verantwoording te doen aan *de gezamenlijke schuldeischers en legatarissen*, dat volgt uit a. 1082, en dat die verpligting tot het doen van rekening *aan de massa*, door het verstrijken van den termijn van a. 1082, niet verandert in eene verpligting tot het doen van rekening *aan elken crediteur afzonderlijk*, dat volgt uit a. 1086, waarbij aansprakelijkheid van den beneficiairen erfgenaam in zijne eigene goederen wordt bepaald voor het geval, dat de erfgenaam, aangemaand *zijne rekening af te leggen*, in gebreke blijft aan *die verpligting*, dus aan de verpligting tot rekening en verantwoording, die als beneficiaire erfgenaam op hem rust, te voldoen. En indien dan de bedoeling der namens den eischer aan de verw^s^ beteekende sommatie was, dat *aan hem afzon-*

derlijk rekening en verantwoording door de verw^s^ zou worden gedaan, dan kan voorzeker niet aangenomen worden, dat de verw^s^ door die sommatie *in mora* zijn gesteld in het doen van die rekening, waartoe zij verpligt waren, nl. de rekening aan de massa. Maar het is mogelijk, en dat neemt ook het Hof aan, dat de woorden der sommatie, welke letterlijk opgevat, die beteekenis hebben kunnen, eene andere bedoeling uitdrukken, nl. *eene aanmaning om aan alle schuldeischers gezamenlijk rekening te doen*, en dan rijst de vraag of de wet geschonden of verkeerd toegepast is door 's Hofs beslissing dat de verw^s^ na de sommatie niet in gebreke zijn gebleven aan die verpligting te voldoen, omdat zij (6^e^ overw.) „na de sommatie en vóór „de dagvaarding van 21 Mrt. 1883, aan welke laatste al „hunne voorzegde handelingen," d. z. de handelingen, die ik bij de voorstelling der feiten heb medegedeeld, „zijn vooraf„gegaan, niets hebben verzuimd, maar integendeel al het moge„lijke hebben gedaan, om hunne verpligting tot het doen van „rekening aan alle belanghebbenden gezamenlijk te vervullen." Met den geëerden pleiter voor de verw^s^, houd ik die beslissing voor *feitelijk*. De *judex facti* heeft te beslissen, of degene, die beweerd wordt *in mora* te zijn in het nakomen eener verpligting, na in gebreke te zijn gesteld verzuimd heeft tot nakoming zijner verpligting te doen wat redelijkerwijze van hem kon gevorderd worden. En die beslissing moet in cassatie worden geëerbiedigd, want *an mora facta intelligatur neque constitutione ulla, neque juris auctorum quaestione decidi potest quum sit magis facti, quam juris.* L. 32, D. *de usuris et fructibus* (XXII. 1).

„Volgens den geachten pleiter voor den eischer regtvaardigt het motief slechts dan de beslissing van het arr., indien vaststaat, dat de beneficiaire erfgenaam, ook na overeenkomstig a. 1086 te zijn aangemaand, de procedure van a. 784 B.-R. volgen *moet*, en met het aanvangen daarvan wachten *mag* tot dat hij gesommeerd wordt, al is daarvan het gevolg dat de

rekening niet binnen den bij de sommatie gestelden termijn gedaan wordt, welk een en ander de pleiter ontkende. Ik zal volstrekt niet beweren, dat de benificiaire erfgenaam, die gesommeerd is, den weg van a. 784 B.-R. volgen *moet;* maar indien hem vóór de sommatie de keuze vrijstond om zijne rekening te doen, òf langs dien weg, òf op de wijze van a. 1082, en dat ontkende, meen ik, ook de pleiter voor den eischer niet, dan verliest de erfgenaam dat regt niet door de sommatie, omdat deze in den aard zijner verpligtingen geene verandering brengt, maar alleen de strekking heeft de nakoming dier verpligtingen van hem te vorderen. En daartegen obsteert niet, zooal's wel eens is geoordeeld, dat a. 784 B.-R. spreekt van *beneficiaire erfgenamen die verlangen rekening te doen*, omdat ook de *gesommeerde* erfgenaam, die liever rekening wil doen, dan de schulden der nalatenschap uit eigen beurs betalen, wel degelijk *verlangt* rekening te doen. Ook na de sommatie heeft dus de erfgenaam de keuze tusschen de extra-judiciële aflegging van rekening van a. 1082 B.-W. en de judiciële van a. 784 B.-R., en er kan dan ook evenmin van verkeerde toepassing van dit laatste a. als van schending van het eerste, of van de a. 1086, 1078, 1079 B.-W. sprake zijn, waar de regter beslist, dat de tot aflegging van rekening gesommeerde erfgenaam, gebruik makende van de hem bij a. 784 B.-R. toegekende bevoegdheid om zijne rekening in regten af te leggen, na de sommatie niet in gebreke gebleven is, maar gedaan heeft wat hij doen kon om zich van zijne verpligting tot het doen van rekening op die hem vrijstaande wijze te kwijten. En nu is het volkomen waar, dat dan toch hier de rekening niet gedaan is *binnen den bij de sommatie gestelden termijn*, maar daaruit alleen volgt niet, dat de verw^s^ *in mora* waren, omdat de schuldeischer, die de rekening kan vorderen het niet in zijne magt heeft, om door het stellen van een termijn, de bepaling dat de straf van betaling uit eigen goederen eerst beloopen wordt *wanneer de*

erfgenaam ook na de aanmaning in gebreke is gebleven, illusoir te maken, maar de regter altijd moet beslissen òf en in hoeverre de erfgenaam binnen den gestelden termijn aan zijne verpligting tot het doen van rekening heeft kunnen voldoen en voldaan heeft.

»Het *middel* acht ik daarom ongegrond. En ik geloof ook niet, dat het steun vindt in het arr. van 11 Mrt. 1853 (v. D. HON., *B.-R.* XVI, p. 141 en volgg.), waarop de eischer zich heeft beroepen, omdat daarbij niet deze kwestie is behandeld, maar wel de vraag, of, om den beneficiairen erfgenaam in het doen van rekening *in mora* te stellen, eene *dagvaarding* overeenkomstig a. 771 B.-R. vereischt wordt, of eene sommatie voldoende is, en de Raad voorzeker te regt het laatste beslist.

»Ik heb de eer te concluderen tot verwerping van het beroep, met veroordeeling van den eischer in de kosten."

ARREST. — De H. R. d. Ned. — Op het beroep van, enz.;

»O., dat als *eenig middel* van cassatie is voorgesteld: schending of verkeerde toepassing van de a. 1078, 1079, 1082 en 1086 B.-W. en van a. 784 B.-R., doordien bij het beklaagde arr., op grond dat beneficiaire erfgenamen, zelfs na het verstrijken van den termijn van a. 1082, slechts verpligt zijn rekening en verantwoording te doen aan alle belanghebbenden gezamenlijk en binnen den bij de in a. 1086 bedoelde sommatie gestelden termijn, het bij a. 784 B.-R. bedoelde request indienende (hoezeer eerst na het verstrijken van den termijn, zij het ook vóór de dagvaarding, de rekening en verantwoording deponeerende) niet kunnen beschouwd worden als in gebreke gebleven om aan hunne verpligting tot het doen van rekening te voldoen, met vernietiging van het in eersten aanleg gewezen vonnis, den eischer zijne vordering is ontzegd;

»O. te dien aanzien, dat bij het bestreden arr. te regt is overwogen, dat blijkens de a. 1079 en 1082 B.-W. de beneficiaire erfgenaam gehouden is om rekening en verantwoording van zijn beheer af te leggen aan alle schuldeischers van zijn

erflater en aan de legatarissen, zoo die er zijn, gezamenlijk en niet aan elk hunner afzonderlijk, en dat hij luidens a. 1086, al. 1, niet vroeger in zijne eigene goederen kan worden aangesproken dan nadat hij tot het afleggen zijner rekening, dat is dus die aan alle schuldeischers en *casu quo* legatarissen gezamenlijk, zijnde aangemaand, mogt zijn in gebreke gebleven te voldoen aan die verpligting;

„O., dat vervolgens in het arr. wordt overwogen, dat de app^{n}, nu verw^{s}, nog vóór den afloop van den bij de sommatie gestelden termijn, hebben aangevangen een procedure in de wettige vormen tot opneming hunner rekening tegen alle bekende en onbekende belanghebbenden, en dat zij vervolgens die procedure, met inachtneming van alle vereischte formaliteiten en termijnen, hebben voortgezet en daarbij ten spoedigste hunne rekening en verantwoording met de bescheiden ter inzage der belanghebbenden op de griffie der regtb. hebben nedergelegd en aan die allen bij openbare dagvaarding en aan de bekende ook bij circulaire-brieven door middel der griffie van die nederlegging hebben kennis gegeven, met oproeping voor de regtb. tegen den door deze bepaalden termijn, zoodat app^{n}, na geïnt^{s} sommatie en vóór diens dagvaarding van 21 Mrt. 1883, aan welke laatste al hun voorzegde handelingen zijn voorafgegaan, niets hebben verzuimd, maar integendeel al het mogelijke hebben gedaan om hunne verpligting tot het doen van rekening aan alle belanghebbenden gezamenlijk te vervullen, weshalve er geen sprake van wezen kan om hen als na aanmaning tot het doen van hunne rekening in gebreke gebleven zijnde rekenpligtigen te beschouwen;

„O., dat op deze feitelijke beslissing in cassatie niet kan worden teruggekomen, en het aangevoerde *middel* is ongegrond;

„Verwerpt het beroep en veroordeelt den eischer in de kosten, daarop gevallen.”

N° 1933. — Arrest van 23 Januarij 1885.

(A. 40 en 33 van het tarief van Justitiekosten en salarissen in burgerlijke zaken. — A. 155 B.-R.)

Belet a. 40 al. 3 van het Tarief van justitiekosten en salarissen in burgerlijke zaken den cliënt verzet te doen tegen de beschikking van den voorzitter der regtb. op een verzoek om herziening eener declaratie? — NEEN.

Belet hetzelfde a. den cliënt van de niet-ontvankelijk-verklaring van dit verzet in hooger beroep te komen? — NEEN.

Vervalt door de ontkennende beantwoording dezer tweede vraag van zelf de grief, tegen de beslissing van het Hof aangevoerd, dat a. 40 van het Tarief niet toepasselijk zou zijn, wanneer de uitspraak nietig is om den vorm of om een verzuim in de procedure, en bedoelde uitspraak is gewezen zonder het O. M. te hooren? — JA.

Bedoelt a. 33 van het tarief, sprekende van woonplaats *van den advocaat, alleen die, waar de advocaat gevestigd is en niet die waar het regtsgeding, ter zake waarvan hij zijne declaratie inleverde, werd gevoerd?* — JA.

Verbiedt a. 155 B.-R, bevelende dat de daar bedoelde exceptie van onbevoegdheid moet worden voorgesteld alvorens andere weren van regten voor te dragen, tegelijkertijd subsidiair zoodanige middelen aan te voeren? — NEEN.

Namens den Proc.-G., heeft de Adv.-G. VAN MAANEN, in deze zaak de volgende conclusie genomen:

„De Proc.-G. bij den H.-R. der Nederlanden:

„O., dat de eischer ter begrooting aan den Raad van Toezigt te Maastricht heeft ingeleverd een staat van kosten voor salaris en verschotten ten laste van den verw., voor bemoeijingen door hem in diens belang o. a. in een in Belgie gevoerd proces;

„dat die staat is begroot op *f* 6500 en daarna goedgekeurd door den President der regtb. te Maastricht;

„O., dat de eischer zich daartegen in herziening heeft voorzien en den verw. heeft opgeroepen voor de benoemde commissarissen, aan welke oproeping deze niet heeft voldaan, waarna de regtb. den staat heeft vastgesteld op *f* 9626.65;

„O., dat de verw. toen hem bevel werd gedaan om binnen twee dagen te betalen, verzet heeft beteekend tegen het be-

velschrift van den voorzitter en tegen de beschikking van de regtb., vorderende, dat het verzet geldig worde verklaard, dat de voorzitter worde verklaard onbevoegd tot het verleenen van het bevelschrift, en dit en de beschikking in ieder geval zou worden vernietigd en buiten werking gesteld;

„O., dat de beweerde onbevoegdheid, behalve op andere gronden, daarop steunde, dat de declaratie niet loopt over een geding gevoerd voor de regtb. te Maastricht, maar voor Hof en regtb. te Brussel, en dat de woonplaats van den declarant niet was in het arrond. Maastricht;

„O., dat de regtb. den verw. in zijn verzet heeft verklaard niet-ontvankelijk, doch dat op het van die uitspraak ingesteld hooger beroep het Geregtshof te 's-Hertogenbosch, dat beroep ontvankelijk heeft verklaard, het vonnis waarvan appèl heeft vernietigd, den voorzitter der regtb. te Maastricht onbevoegd heeft verklaard, diens bevelschrift heeft te niet gedaan met al hetgeen er op is gevolgd, met name ook de beschikking der regtb. op de herziening;

„O., dat tegen dat arr. als *eerste middel* van cassatie is aangevoerd: schending en verkeerde toepassing van de a. 9, al. 3, 11, 12, al. 1, en 3 en de a. 4 en 5, al. 1 en 2, der wet van 29 Dec. 1843, *St.* n° 66, a. 37, 39, 40 en a. 32 en 33 van het Tarief van justitiekosten en salarissen in burgerlijke zaken in verband met de a. 69, 53 en 54 R.-O. en a. 332 B.-R.

„*a.* omdat het Hof het appèl ontvankelijk heeft verklaard en het vonnis, waarbij de niet-ontvankelijkheid was uitgesproken benevens de beschikking door de regtb. op herziening gegeven, heeft vernietigd, ofschoon is aangenomen dat door den advocaat herziening was gevraagd van de begrooting van den voorzitter en dat door de regtb. op die voorziening was beschikt;

„*b.* omdat het Hof heeft beslist dat desniettemin de cliënt zijnerzijds, zooals gezegd wordt, in verzet konde komen tegen het bevelschrift van den voorzitter, zijn verzet tevens rigtende

tegen de beschikking door de regtb. op die herziening gegeven;

„O., dat wel a. 40, al. 3, van het Tarief verbiedt regtsmiddelen aan te wenden tegen de beschikkingen op een verzet en op een verzoek tot herziening, doch dat het Hof teregt heeft beslist, dat hier verzet was gedaan tegen het bevelschrift van den voorzitter en dat de daarop gevolgde herziening door den advocaat gevraagd, aan het regt tot verzet den client bij a. 40, al. 1, gegeven, niet kan in den weg staan;

„O., dat aan den advocaat eenerzijds is gegeven het regt om herziening te vragen, als wanneer de cliënt wordt opgeroepen om door regters-commissarissen te worden gehoord, terwijl anderzijds de cliënt het regt van verzet heeft;

„O., dat die oproeping zijn regt van verzet niet vervangt of wegneemt, tot het doen van welk verzet het Tarief geen tijd bepaalt, ook niet die van de tenuitvoerlegging van het bevelschrift en evenmin die, eer er herziening gevraagd is;

„O., dat het bevelschrift, wel verre van door de beschikking op de herziening te worden vernietigd, daarmede een geheel vormt; dat de laatste toch raakt de hoegrootheid der toe te schatten salarissen enz. terwijl krachtens het eerste de ten uitvoerlegging plaats heeft;

„O., dat het Hof ook het appèl teregt heeft ontvankelijk verklaard, op grond dat de verbodsbepaling van a. 40, al. 3, van het Tarief (welke trouwens op dit geval niet van toepassing is) niet geschreven is voor eene uitspraak nietig om den vorm of om een verzuim in de procedure, waarvoor de algemeene regel van appèl geldt, zooals wordt gestaafd door de exceptionele bepaling van a. 333 B.-R.;

„O., dat het *tweede middel* luidt: schending en verkeerde toepassing van a. 12 van de wet van 29 Dec. 1843, *St.* n° 66, (a. 40 van voormeld Tarief), in verband met a. 324 B.-R., meer bepaald van n° 3 van dat a., en van de a. 357 en 358 van dat wetb. en a. 69 R.-O., omdat het Hof heeft beslist, dat a. 40 van het Tarief niet toepasselijk zou zijn, wanneer

de uitspraak nietig is om den vorm of om een verzuim in de procedure, en bedoelde uitspraak (het vonnis *a quo* van 1 Sept. 1883) is gewezen zonder dat het O.-M. is gehoord;

„O., dat het niet hooren van het O.-M. in eersten aanleg gedekt wordt door het nemen van conclusie door den Proc.-G. in appèl, hetgeen, blijkens het arr., in deze heeft plaats gehad (MERLIN, *Quest. de droit*, in voce *Concl. de Minist. Publ.* § II. *Journal du Ministère Public.* A, I, 226 volg. Arr. H.-R. 17 Mei 1861, v. D HON., *B.-R.* XXV, 253; *Rspr.* LXVIII, 56; Hof van appèl te Brussel, 23 Nov. 1857, *Belg. Judic.* t. X, n° 84);

„O., dat het *derde middel* heet: schending en verkeerde toepassing van a. 333 B. R., in verband met a. 12, al 1 en 3, 5, 9, al. 2 en 3, 11 van meergemelde wet van 29 Dec. 1843 (a. 40, 37 en 39 van het Tarief);

„Omdat bij het bestreden arr. is beslist, dat op grond dat er verschil zou zijn geweest over de bevoegdheid van den voorzitter, die het bevelschrift uitvaardigde, dat van diens bevoegdheid die van de regtb. afhankelijk was; — dat de exceptie van onbevoegdheid eerst konde gesteld worden voor de regtb. en dat a. 333 B.-R. het appèl van zulke beslissing toelaat, en dat de voorzitter, door wien, wanneer de advocaat met de begrooting van den Raad van Toezigt geen genoegen neemt, de declaratie wordt vastgesteld en executoir verklaard, niet is de voorzitter der regtb. van het arrond., waar de woonplaats van den advocaat gevestigd was ten tijde dat het honorarium werd gemeriteerd en de verschotten gedaan, maar de woonplaats, die hij had tijdens het inleveren van zijn declaratie;

„O., dat ongegrond is de bewering, dat de onbevoegdheid der regtb. niet is ingeroepen, omdat de verw. zelf de regtb. heeft geadiëerd;

„O., dat a. 333 B.-R. door die wijze van procederen niet kan zijn geschonden, omdat de verw. bij geen anderen regter regt kon zoeken, terwijl dit a. alle geschillen over onbevoegdheid specteert;

„O. toch, dat het geven van een bevelschrift door zijn voorzitter de regtb. bevoegd maakte, en hieruit volgt, dat wanneer blijkt, dat hij onbevoegdelijk het bevelschrift had uitgevaardigd, de regtb. zelve, welke in deze slechts als een sequeel van die des voorzitters is aan te merken, eveneens onbevoegd zal zijn.

„O., dat het positum van den verw. dat de voorzitter onbevoegd was het bevelschrift te geven, natuurlijk insluit zijne incompetentie om de nadere vaststelling te doen, zoodat al het bij dit *middel* beweerde is ongegrond;

„O., dat het *vierde middel* is geformuleerd: schending en verkeerde toepassing van de a. 4, 5, al. 1 en 2, 9, al. 2 en 3 en 11 van meergemelde wet van 29 Dec. 1843 (a. 32, 33, 37 en 39 van het Tarief),

„omdat bij het bestreden arr. is beslist, dat de voorzitter door wien, wanneer de advocaat met de begrooting van den Raad van Toezigt geen genoegen neemt, de nadere vaststelling der declaratie geschiedt en de executoir-verklaring wordt gesteld, is de voorzitter der regtb. van het arrond., waarin de advocaat gevestigd was, — niet ten tijde, dat de werkzaamheden werden verrigt, maar ten tijde, dat de declaratie ter begrooting werd ingeleverd;

„O. dat *in facto* vaststaat, dat de advocaat toen hij zijne declaratie ter begrooting indiende, te 's Hertogenbosch woonde en dat er geprocedeerd is voor de regtb. en het Hof te Brussel;

„O., dat mitsdien geene zaak van deze partijen heeft gediend voor de regtb. te Maastricht, en deze plaats ook niet was de woonplaats van den declarant, zoodat de voorzitter aldaar volgens a. 33 van het Tarief, was onbevoegd van de declaratie kennis te nemen;

„O., dat ook niet opgaat het beweren, dat het woord „woonplaats" zou zien op de plaats waar de advocaat was gevestigd *tijdens hij de werkzaamheden verrigtte*, want dat die

bijvoeging niet in het a. te lezen staat, terwijl de eenige *ratio* voor deze bepaling is, dat noodig was de aanwijzing van den ambtenaar die de declaratiën van advocaten voor extra-judiciele verrigtingen kon vaststellen;

„O., dat als *vijfde middel* is aangevoerd: schending en verkeerde toepassing van de a. 154, 155, 156 j° 353 B.-R. in verband met de a. 4, 5, 9, 11 en 12 der dikwerf genoemde wet van 29 Dec. 1843 (a. 32, 33, 37 en 40 van het Tarief);

„*a.* omdat het Hof heeft beslist, dat het *in casu* zou hebben gegolden een incompetentie *ratione materiae*, en dat, ook al had het een incompetentie *ratione personae* gegolden, de verw. die exceptie tegelijk met zijne andere verwering mogt voorstellen, mits met de exceptieve verwering beginnende;

„*b.* omdat het Hof heeft beslist, dat de verw. niet gehouden was, dat *middel* voor de benoemde regters-commissarissen te doen gelden;

„O. ad *a.*, dat al mogt het hier gelden eene onbevoegdheid uithoofde van den persoon, zij niettemin gerekend moet worden tot de openbare orde te behooren en ambtshalve te moeten worden uitgesproken, omdat de wet een bepaalden regter, bij uitsluiting van ieder ander, in a. 33 van het Tarief heeft aangewezen;

„O., dat zulks te meer klemt, waar er eene exceptioneele wijze van procederen is voorgeschreven, waarbij er eigenlijk minder aan een verw. te denken valt;

O., dat bij het aanwezig zijn van dergelijke uitdrukkelijke bepaling, het niet van den wil der partijen mag afhangen, daarvan al dan niet af te wijken, zoodat a. 155 B-R. bij zoodanige absolute onbevoegdheid niet van toepassing is. (Oudeman I, 204, volgg.; *Opmerk. en Med.* I, 74, 97, 273 en 278);

„O., dat in ieder geval eene bepaald voorgestelde exceptie van onbevoegdheid *ratione personae* niet gedekt wordt, door-

dien slechts subordinaat ten principale wordt geconcludeerd, vermits de wet niet voorschrijft, dat die exceptie bij eene *afzonderlijke* proces-acte zal worden voorgesteld, wat ten eenenmale noodeloos zou zijn. (LÉON ad a. 155 B. R.);

„O., dat het doel van het a. is den verw. niet te *verpligten* zich voor een onbevoegden regter over het fond der zaak uit te laten, en daardoor diens bevoegdheid *implicite* te erkennen; maar a. 155 hem het *regt* daartoe niet ontzegt, zoo slechts de exceptie worde vooropgesteld (v. D. HON., 276 volg.)

„O., dat de sub *b.* gevoerde bewering hare oplossing vindt in de reeds hierboven aangenomen *ontvankelijkheid* van het verzet tegen het bevelschrift van den Voorzitter, zoodat overbodig is de beantwoording der vraag of c. q. de exceptie voor regter-commissarissen moest of *mogt* zijn geproponeerd.

„O., dat het zich niet verweren op een verzoek om herziening van het bedrag eener declaratie, het zelfstandig regt van verzet aan een gedeclareerde toegekend, niet kan verkorten;

„O., dat het *laatste middel* luidt: schending en verkeerde toepassing van a. 345, al. 1 en 2 en a. 156, in verband met a. 81 en 83 en 332 B.-R. en 69 R.-O. en met a. 9, al. 3, 11 en 12, al. 1 en 3 van de wet van 29 Dec. 1843, *St.* n° 66, (a. 37, 39 en 40 van het Tarief);

„*a.* omdat bij het bestreden arr. het appel niet is verklaard niet-ontvankelijk, ofschoon niet bij request, maar bij gewone dagvaarding is geageerd, zoo bij de regtb. als later in hooger beroep, ten einde eene beschikking te doen vernietigen en buiten effect te stellen, die door de regtb. op request was verleend;

„*b.* omdat de vernietiging dier beschikking bij het Hof, zij het langs een omweg, gevraagd is, meer dan drie maanden na de beteekening der beschikking aan den eischer, en omdat de regtb. zich ambtshalve onbevoegd had moeten verklaren, om van het verzet van den verw. kennis te nemen;

„O. ad *a*, dat deze bewering haren feitelijken grondslag mist, omdat er hier de rede niet is van eene zaak bij request

behandeld, maar van een toegekend regt van verzet, hetwelk bij dagvaarding is aangebragt;

„O., dat het appel is gerigt tegen een vonnis bij dagvaarding aangebragt den 1n Sept. tusschen partijen gewezen en 15 Sept. d. a. v. ingesteld;

„O. ad *b*, dat deze grief is gerigt tegen het vonnis en niet tegen het arr., terwijl het hier in ieder geval geen appel, maar een verzet geldt;

„Concludeert tot verwerping van de ingestelde voorziening, met veroordeeling van den eischer in de proceskosten."

ARREST. — De H.-R. d. N. — Op het beroep van, enz.;

„O., dat als *eerste middel* van cassatie is voorgesteld: schending en verkeerde toepassing van de a. 9, al. 3, 11, 12, al's 1 en 3, en van de a. 4 en 5, al's 1 en 2, der wet van 29 Dec. 1843, *St.* n° 66, de a. 37, 39, 40 en de a. 32 en 33 van het Tarief van justitiekosten en salarissen in burgerlijke zaken, in vèrband met de a. 69, 53 en 54 R.-O. en a. 332 B.-R.:

„*a*. omdat het Hof het appèl ontvankelijk heeft verklaard en het vonnis, waarbij de niet-ontvankelijkheid was uitgesproken, benevens de beschikking door de regtb. op herziening gegeven, heeft vernietigd, ofschoon is aangenomen dat door den advocaat herziening was gevraagd van de begrooting van den voorzitter en dat door de regtb. op die voorziening was beschikt;

„*b*. omdat het Hof heeft beslist, dat desniettemin de client zijnerzijds, zooals gezegd wordt, in verzet konde komen tegen het bevelschrift van den voorzitter, zijn verzet tevens rigtende tegen de beschikking van 6 Dec., dat is de beschikking door de regtb. op de herziening gegeven;

„O., dat de eischer, wegens een in België gevoerd regtsgeding een staat van kosten voor salaris en verschotten heeft ingediend bij den Raad van Toezigt en Discipline en vervolgens bij den voorzitter der arr.-regtb. te Maastricht;

„dat de eischer van de daarop door genoemden voorzitter

vastgestelde begrooting, herziening verzocht heeft aan de regtb. en de toen bekomen beschikking heeft doen beteekenen aan verw., die daartegen in verzet gekomen is;

„dat de regtb. dit verzet niet-ontvankelijk heeft verklaard, hetwelk op het tegen die uitspraak weder ingesteld hooger beroep door het Hof is toegelaten;

„O., dat de thans aangevoerde bewering, dat zoodanig hooger beroep bij de laatste zinsnede van a. 40 van het Tarief zou zijn verboden, reeds dadelijk hierop afstuit, dat het hier een geschil over onbevoegdheid gold, waarin volgens a. 333 B.-R. hooger beroep steeds ontvankelijk is;

„O., dat tevens teregt is geoordeeld dat de verw. tegen het bevelschrift van den voorzitter in deze in verzet kon komen, als zijnde dit regt bij a. 40, eerste zinsnede, uitdrukkelijk gegeven, waarmede de laatste al. van hetzelfde a. niet in strijd is, als bevattende een verbod aan den advocaat, niet aan den client, om tegen de beschikking op een verzoek om herziening in verzet te komen;

„O., dat als *tweede middel* van cassatie is aangevoerd: schending en verkeerde toepassing van a. 12 der wet van 29 Dec. 1843, *St.* n° 66 (a. 40 van voormeld Tarief), in verband met a. 324 B.-R., meer bepaald van n° 3 van dat a. en van de a. 357 en 358 van dat wetb. en a. 69 R.-O.; omdat het Hof heeft beslist dat a. 40 van het Tarief niet toepasselijk zou zijn wanneer de uitspraak nietig is om den vorm of om een verzuim in de procedure, en bedoelde uitspraak (het vonnis *a quo* van 1 Sept. 1883) is gewezen zonder dat het O.-M. is gehoord;

„O., dat de hier bedoelde schending van a. 40 voormeld wederom betreft de ontvankelijkheid van het hooger beroep, waaromtrent bij het *eerste middel* reeds overwogen is, terwijl de beweerde schending van a. 324 B.-R. geen feit betreft dat bij het Hof, tegen welks beslissing deze voorziening is gerigt, zou zijn voorgevallen;

„O., dat het *derde middel* van cassatie luidt: schending en verkeerde toepassing van a. 333 B.-R., in verband met de a. 12, al's 1 en 3, 5, 9, al's 2 en 3, 11 van meergemelde wet van 29 Dec. 1843 (de a. 40, 33, 37 en 39 van het Tarief), omdat bij het bestreden arr. is beslist dat op grond dat er verschil zou zijn geweest over de bevoegdheid van den voorzitter, die het bevelschrift uitvaardigde, van diens bevoegdheid die van de regtb. afhankelijk was;

„dat de exceptie van onbevoegdheid eerst konde gesteld worden voor de regtb., en dat a. 333 B.-R. het appèl van zulke beslissing toelaat, en dat de voorzitter, door wien, wanneer de advocaat met de begrooting van den Raad van Toezigt geen genoegen neemt, de declaratie wordt vastgesteld en executoir verklaard, niet is de voorzitter der regtb. van het arrondissement waar de woonplaats van den advoccaat was gevestigd ten tijde dat het honorarium werd gemeriteerd en de verschotten gedaan, maar de woonplaats die hij had tijdens het inleveren van zijne declaratie;

„O., dat de bewering dat de verw. zich tot de regtb. wendende om de onbevoegdheid van haren voorzitter in deze uit te maken, daardoor van zelf reeds de bevoegdheid van den Maastrichtschen regter erkend zou hebben, volstrekt niet opgaat, omdat de verw. nergens anders die exceptie kon voorstellen, en de wet den regter zelven, over wiens bevoegdheid geschil is, heeft aangewezen om daarover uitspraak te doen;

„O. voorts, dat teregt bij het arr. is aangenomen dat de eischer tijdens het inleveren zijner declaratie als advocaat gevestigd geweest zijnde te 's Hertogenbosch, zich dáár tot den voorzitter der regtb. had behooren te wenden, dewijl a. 33 van het Tarief, sprekende van *de woonplaats* van den advocaat, geene andere dan de tegenwoordige bedoelen kan;

„O., dat als *vierde middel* van cassatie is beweerd: schending en verkeerde toepassing van de a. 4, 5, al's 1 en 2, 9, al's 2 en 3, en a. 11 van meergemelde wet van 29 Dec.

1843 (de a. 32, 33, 37 en 39 van het Tarief); omdat bij het bestreden arr. is beslist dat de voorzitter, door wien, wanneer de advocaat met de begrooting van den Raad van Toezigt geen genoegen neemt, de nadere vaststelling der declaratie geschiedt en de executoir-verklaring wordt gesteld, is de voorzitter der regtb. van het arrondissement waarin de advocaat gevestigd was — niet ten tijde dat de werkzaamheden werden verrigt, maar ten tijde dat de declaratie ter begrooting werd ingeleverd;

„O., dat de hier voorgedragen grief reeds bij het vorig *middel* is wederlegd;

„O., dat als *vijfde middel* van cassatie is voorgedragen: schending en verkeerde toepassing van de a. 154, 155 en 156 j° 353 B.-R., in verband met de a. 4, 5, 9, 11 en 12 der dikwerf genoemde wet van 29 Dec. 1843 (de a. 32, 33, 37, 39 en 40 van het Tarief):

„*a*. omdat het Hof heeft beslist dat het *in casu* zou hebben gegolden eene incompetentie *ratione materiae*, en dat, ook al had het eene incompetentie *ratione personae* gegolden, de verw. die exceptie tegelijk met zijne andere verwering mogt voorstellen, mits met de exceptieve verwering beginnende;

„*b*. omdat het Hof heeft beslist dat de verw. niet gehouden was, dat middel voor de benoemde regter-commissarissen te doen gelden;

„O., dat teregt door het Hof is aangenomen dat a. 155 B.-R., bevelende dat de daar bedoelde exceptie van onbevoegdheid moet worden voorgesteld alvorens eenige andere weren van regten voor te dragen, niet verbiedt tegelijkertijd subsidiair zoodanige middelen aan te voeren, terwijl indien van geene onbevoegdheid als daar bedoeld sprake mogt geweest zijn, de beweerde schending van dat a. reeds van zelf vervalt;

„O., dat de eischer voorts in gebreke is gebleven uit eenige wetsbepaling aan te toonen waarom alleen bij bedoelde commissarissen genoemde exceptie zou mogen worden opge-

worpen en de als geschonden of verkeerd toegepast aangehaalde a. daaromtrent niets bepalen;

„O., dat als *zesde middel* van cassatie is voorgesteld: schending en verkeerde toepassing van a. 345, al. 1 en 2 en van a. 156, in verband met a. 81 en 83 en 332 B.-R. en a. 69 R.-O. en met de a. 9, al. 3, a. 11 en 12, al. 1 en 3, der wet van 29 Dec. 1843, *St.* n° 66, de a. 37, 39 en 40 van het Tarief:

„*a.* omdat bij het bestreden arr. het appel niet is verklaard niet-ontvankelijk, ofschoon niet bij request maar bij de gewone dagvaarding is geageerd, zoo bij de regtb. als later in hooger beroep, ten einde eene beschikking te doen vernietigen en buiten effect te stellen, die door de regtb. op request was verleend;

„*b.* omdat de vernietiging dier beschikking bij het Hof, zij het langs een omweg, gevraagd is meer dan drie maanden na de beteekening der beschikking aan den eischer, en omdat de regtb. zich ambtshalve onbevoegd had moeten verklaren om van het verzet van den verw. kennis te nemen;

„O., dat dit *middel* vooreerst zijn feitelijken grondslag mist, daar het hooger beroep gerigt was niet tegen eene beschikking op request gewezen, maar, zooals in het *middel* zelf voorop gesteld wordt, op eene gewone dagvaarding bij wijze van verzet tegen eene vroegere beschikking;

„O. voorts, dat het vonnis waartegen appel gewezen was 1 Sept. en het den 15n d. a. v. daartegen ingesteld hooger beroep binnen den wettigen termijn viel;

„Verwerpt de voorziening en veroordeelt den eischer in de kosten daarop gevallen."

N° 1934. — Arrest van 29 Januarij 1885.

(A. 863, 770, 813, 834, 835, 846 K. — A. 1178, 1180, 1185, 1195, al. 1, B.-W.; a. 56 B.-R.)

Zijn de aangehaalde wetsa. geschonden en verkeerd toegepast, omdat de proceskosten, waarin de gefailleerde jegens de eischers in cassatie is veroordeeld op het verzet, door hen ingesteld tegen de homologatie van het door den gefailleerde aangeboden accoord, in de rangregeling niet zijn opgenomen onder de faillissementskosten, waarvoor de curator als eerste bevoorregte schuldeischer in de rangregeling was geplaatst? — NEEN.

Namens den Proc.-G., heeft de Adv.-G. POLIS, in deze zaak de volgende conclusie genomen;

»De eischers in cassatie zijn bij de regtb. te Winschoten in verzet gekomen tegen de rangregeling door den regter-commissaris opgemaakt in het faillissement van F. D. G., op grond, dat in deze rangregeling niet voorkomt een post voor proceskosten ten hunnen behoeve, waarin de *gefailleerde* jegens hen is veroordeeld op het verzet door hen ingesteld tegen de homologatie van het door den gefailleerde aangeboden accoord. De regtb., oordeelende, dat die kosten niet behooren tot de schulden van den faillieten boedel, heeft bij het beklaagde vonnis de nu eischers niet-ontvankelijk verklaard in hun verzet, en het eenige *middel* dat tegen die uitspraak wordt aangevoerd, heet: schending en verkeerde toepassing van de a. 863, 770, 813, 834, 835, 846 K., 1178, 1180, 1185, 1195, al. 1, B.-W., 56 B.-R., omdat de bewuste kosten in de rangregeling niet zijn opgenomen onder de faillissementskosten, waarvoor de curator als eerste bevoorregte crediteur in de rangregeling was geplaatst, of wel de eischers niet als crediteuren en wel als bevoorregte crediteuren, voor die kosten op de rangregeling zijn gebragt, omdat onjuist is het motief van het vonnis, dat de *activa* der massa alleen dienen ten bate der crediteuren, die bij den aanvang van het faillissement reeds bestonden, het tegenovergestelde volgt uit de bij de wet aan den gefail-

leerde toegekende bevoegdheid een accoord aan te bieden, en ter verdediging daarvan in regten op te treden, en het stelsel van het vonnis geen steun vindt in de daarbij aangehaalde artikels, noch in de bedoeling van den wetgever.

„De regtsvraag is reeds behandeld door wijlen mijn ambtgenoot SMITS in zijne conclusie voorafgegaan aan het arr. van 14 Dec. 1883 (*N. Rspr.* CXXXV, 219; v. D. HON., *B.-R.* XLIX, 86) en ik kan dus kort zijn. Ik zal mij onthouden van de beantwoording der vraag, of wel al de motieven van het aangevallen vonnis volkomen juist zijn, of wel al de in dat vonnis aangehaalde wetsbepalingen als argumenten voor de beklaagde uitspraak kunnen worden ingeroepen, omdat het hier alleen de vraag is, of door de uitspraak van de regtb. de in het *middel* aangehaalde wetsbepalingen zijn geschonden of verkeerd toegepast.

„A. 863 K. kan niet zijn verkeerd toegepast, want het is niet toegepast, en het kan niet zijn geschonden, want het was niet toepasselijk, vermits het handelt van het privilegie der curators, bepaalt dat de curators als eerste bevoorregte schuldeischers op de geheele opbrengst worden gerangschikt voor de kosten op het faillissement gevallen, hun loon daaronder begrepen, en dus deze eischers zich op dat a. niet kunnen beroepen, omdat zij niet zijn *de curators*, maar *schuldeischers in het faillissement.* Ja maar, zegt de pleiter voor de eischers, de kosten die wij vorderen zijn dan toch kosten *op het faillissement gevallen.* Dat ontken ik en ik zal aanstonds zeggen waarom. Maar aangenomen, dat het zijn *kosten op het faillissement gevallen*, dan volgt daaruit wel, dat de eischers die kosten van den curator kunnen vorderen, maar niet, dat zij voor zich ex a. 863 eene praeferentie kunnen eischen, die bij dat a. alleen *aan den curator* is toegekend, of dat zij voor den curator eene praeferentie kunnen vorderen, welke deze zelf niet begeert.

„A. 770 K., dat in de tweede plaats bij het *middel* ge-

noemd wordt en waarop de beslissing van de regtb. is gegrond, *regtvaardigt* die beslissing volkomen en kan dus niet zijn geschonden of verkeerd toegepast. Want uit de bepaling, dat de gefailleerde door de faillietverklaring verliest het beheer en de beschikking over zijne goederen, volgt noodzakelijk, dat hij die goederen niet voor latere, na de faillietverklaring gemaakte schulden kan verbinden, en dat dus ook niet als eene schuld der massa kunnen worden erkend kosten, waarin niet de curator, maar de failliet veroordeeld is. En het tegendeel kan niet, zooals de pleiter voor de eischers beweerde, uit de a. 835 en 846 K. worden afgeleid, omdat door de toekenning aan den failliet van de bevoegdheid om een accoord aan te bieden, en dit in regten te verdedigen, de failliet de beschikking en het beheer over zijne goederen niet terugkrijgt, vermits eerst door de in kracht van gewijsde gegane homologatie het door het faillissement op het vermogen van den failliet gelegde beslag wordt opgeheven (a. 849 K.). Of zou men, met de eischers, bevoegdheid van den gefailleerde om, met betrekking tot het accoord, kosten ten laste der massa te maken moeten aannemen, omdat anders het regt door de wet aan den gefailleerde toegekend om een accoord voor te stellen en te verdedigen, illusoir is? Ik geloof het niet, omdat, zooals de pleiter voor den verw. opmerkte, de gefailleerde, die onvermogend is, de kosten aan de voorstelling en verdediging van het accoord verbonden, te betalen, zijn toevlugt tot het armenregt kan nemen.

„Van schending of verkeerde toepassing van de a. 835 en 846 K. kan dus ook geen sprake zijn. De a. 813 en 834 K. schijnen in het *middel* alleen te zijn opgenomen omdat de regtb. ook daarin grond voor hare beslissing meent te vinden. Die a. handelen, het eerste van het aanvangen of voortzetten eener regtsvordering, *waarbij de belangen van den boedel betrokken zijn*, het laatste van de verpligting der curators, om in de gedingen opzigtelijk de verificatie der schuldvorderingen tot

bewaring van de regten des boedels op te treden, en beide wetsbepalingen zijn dus geheel vreemd aan deze zaak tenzij men uit het eerste zou willen afleiden, en dit zou pleiten tegen de eischers in cassatie, dat, vermits de gedingen, *waarbij de belangen van den boedel betrokken zijn*, gevoerd worden, *door of tegen de curators*, het verzet tegen de homologatie van het accoord, *voor zoover het tegen den gefailleerde gevoerd is*, niet is een geding, *waarbij de belangen van den boedel betrokken zijn.*

"A. 56 B.-R. kan zeker buiten beschouwing blijven. Maar uit de a. 1178, 1180, 1185 en 1195, al. 1, B.-W. willen de eischers hebben afgeleid, dat zij waren *crediteuren* en wel *praeferente crediteuren van de massa*, omdat de kosten op het verzet tegen de homologatie van het accoord, aan hunne zijde gemaakt, waren *kosten op het faillissement gevallen* en wel kosten, gemaakt *tot behoud van het pignus commune* en *tot boedelredding*. Maar indien dit waar is, waarom hebben dan de eischers berust in het vonnis, waarbij niet de curator maar de *gefailleerde*, veroordeeld is in de kosten van het verzet tegen de homologatie van het accoord, en hoe zou de regter, die de rangregeling heeft opgemaakt, ten laste der massa hebben kunnen brengen kosten, waarin niet de curator of de massa, maar, zooals feitelijk vaststaat, de *gefailleerde* veroordeeld is? En nu zegge men niet dat dan toch de curator *voor de door hem gemaakte kosten in de procedure op het verzet tegen de homologatie* is gerangschikt als eerste bevoorregte schuldeischer, want dat blijkt uit het vonnis niet, en feiten mogen in cassatie niet *aliunde* worden aangevuld, en het zou ook voor de beslissing in deze zaak zonder belang zijn, omdat het hier de vraag niet is, of de curator voor deze kosten teregt op de rangregeling is geplaatst, wat m. e. niet twijfelachtig is, maar of *de eischers ten onregte daarop* NIET *zijn geplaatst.* En daarover kunnen de eischers zich niet beklagen. Want zij zijn in verzet gekomen in hun eigen belang, niet in het belang van hunne mede-crediteuren of van

de massa, die zij niet vertegenwoordigen; de kosten op hun verzet gevallen zijn dus geene *faillissementskosten* in ruimeren zin, en die kosten zijn allerminst kosten van *boedelredding* of *tot behoud eener zaak gemaakt*, omdat ook zonder het verzet het accoord aan de goedkeuring van den regter zou zijn onderworpen, het verzet dus niet eene voor den afloop van het faillissement onmisbare handeling was, geene *bepaalde zaak* daardoor behouden, voor ondergang bewaard is, of beweerd wordt behouden of voor ondergang bewaard te zijn, en men zich toch waarlijk niet op het bij a. 1185, 4°, toegekende voorregt *op zekere bepaalde goederen* kan beroepen om praeferentie te sustineren *op eene failliete massa*, daargelaten dat door de homologatie waartegen de eischers zich verzet hebben, ware zij verleend, het gemeenschappelijk onderpand der crediteuren niet zou zijn *te niet gegaan*, maar slechts het door het faillissement daarop gelegde beslag zou zijn opgeheven.

„Ik heb mitsdien de eer te concluderen tot verwerping van het beroep, met veroordeeling van de eischers in de kosten."

ARREST. — De H.-R. d. Ned. — Op het beroep van, enz.;

„O., dat als *middel* van cassatie is aangevoerd: schending of verkeerde toepassing van de a. 863, 770, 813, 834, 835, 846 K., 1178, 1180, 1185, 1195, 1° al., B.-W. en a. 56 B.-R., omdat de proceskosten aan de zijde der req^n^ in de procedures door hen in cas van verzet tegen het door den gefailleerde in zijn faillissement aangeboden accoord gevallen en waarin de gefailleerde was veroordeeld, toen op dat verzet de homologatie van het accoord geweigerd en de insolventie was uitgesproken, niet zijn opgenomen en gebragt op de rangregeling en begrepen onder de faillissementskosten, waarvoor de curator als eerst bevoorregte crediteur in de rangregeling was geplaatst, of wel de req^n^ niet als crediteuren, en wel als bevoorregte, voor gezegd bedrag op die rangregeling zijn gebragt en batig gerangschikt;

„O., dat bovenbedoelde proceskosten niet vallen onder de in a. 863 vermelde kosten *op het faillissement gevallen*, omdat zij evenmin de faillietverklaring als de daarop gevolgde boedelbereddering betreffen en dan ook niet door den daarmede belasten curator gemaakt zijn in het belang des boedels, maar door enkele crediteuren van den failliet in hun bijzonder belang;

„dat het kosten zijn waarin de failliet, nadat hij ingevolge a. 770 de beschikking over zijne goederen verloren had, veroordeeld is, en niet de curator noch de failliete boedel, en die dan ook niet gemaakt zijn in een geding overeenkomstig a. 813 door den curator in het belang van den boedel of tot bewaring van de regten daarvan aangevangen of voortgezet, maar door crediteuren tegen den gefailleerde, optredende en procedeerende volgens de a. 835 en 846 voor diens eigene, van die zijner crediteuren geheel afgescheidene belangen; terwijl de eventueel daarbij betrokkene belangen des boedels in zoodanig geding waargenomen worden door den curator, gebruik makende van zijne bevoegdheid om tot bewaring van de regten des boedels zich in het geding te voegen;

„O., dat geen der aangehaalde bepalingen K. dus geschonden of verkeerd toegepast is, en evenmin een der in het *middel* genoëmde a. B.-W. of B.-R.;

„O. immers, dat juist door de bedoelde kosten te brengen ten laste des faillieten boedels, een deel der daartoe behoorende waarden zou onttrokken worden aan hare bestemming om volgens a. 1178 ten gemeenschappelijken bate der crediteuren in het faillissement te dienen, en het beweerde priviligie ook niet gewettigd wordt door de a. 1185 en 1195, dewijl de hierboven omschreven aard der meergenoemde kosten evenmin toelaat ze te rangschikken onder kosten tot behoud der zaak (waarmede ten onregte de failliete massa bedoeld wordt) als onder kosten veroorzaakt door uitwinning of beredderiug van den faillieten boedel;

„Verwerpt de voorziening en veroordeelt de eischers in de kosten, daarop gevallen.”

N° 1935. — Arrest van 30 Januarij 1885.

(A. 341, 756, 757 *C.-C.*; a. 343 B.-W.; a. 1 wet op den Overgang, v. 16 Mei 1829, *St.* n° 29; a. 48 B.-R.)

Geeft de onder het B.-W. door het natuurlijk kind verkregene regterlijke erkenning dat kind aanspraak om mede te beuren in de onder den Code-Civil opengevallen moederlijke nalatenschap? — JA.

Werkt de regterlijke erkenning terug tot op het oogenblik van het erkende feit? — JA.

A. D. K., zonder beroep, wed. J. de K., te Schelluinen, (ten deze vertegenwoordigd door Mr. VLIELANDER HEIN, advocaat bij den H.-R. der Ned. te 's Gravenhage) heeft zich in cassatie voorzien tegen een arr. van het Geregtshof te 's Gravenhage, 18 Febr. 1884 tusschen partijen gewezen, en de verw[s] 1° E. v. D. G., wed. E. D. K., te Schelluinen, c. s., gedagvaard, ten einde:

„A. feitelijk vaststaat, dat op 7 Apr. 1836 te Schelluinen, waar zij woonde, is overleden A. D. K., dochter van M. S., en zuster van E. D. K., en dat de eisch[sse] in cassatie, A. D. K., bewerende te zijn het natuurlijk, in 1833 geboren, kind van A. D. K., een eisch tot scheiding en deeling harer nalatenschap heeft ingesteld tegen de erven en regtverkrijgenden van M. S. en E. D. K., onder wie de nalatenschap was gekomen, en die bij de memorie van aangifte zelven hadden verklaard, dat de helft dier nalatenschap behoorde aan de eisch[sse], het natuurlijk kind der overledene;

„A. evenzeer feitelijk vaststaat, dat de eisch[sse], die geen door hare moeder uitgebragte authentieke erkennings-acte kon vertoonen, op grond van a. 342 *C.-C.* heeft gevraagd regterlijke erkenning, voor het geval de gedaagden mogten betwisten

(en niettegenstaande hunne erkenning in de acte van aangifte in die betwisting mogten zijn ontvankelijk) dat eisch^sse was het natuurlijk kind der erflaatster, en voorts dat zij, na productie en aanbod van het volgens haar gevorderd en voldoend wettelijk schriftelijk getuigenbewijs, heeft geconcludeerd, dat bij vonnis, na verklaring voor zooveel noodig dat de eisch^sse het kind is der op 7 Apr. 1836 gestorven A. d. K., de gedaagden zouden worden veroordeeld tot scheiding en deeling;

„A. hier derhalve was ingesteld eene *hereditatis petitio* door een beweerde regthebbende, die bij dezelfde actie, voor 't geval van betwisting, van den regter vroeg de erkenning van haar regt als zoodanig en zulks door de zoogenaamde *réconnaissance forcée*, geregeld in a. 341 *C*-*C*. en a. 343 B-W.;

„A. intusschen de regtb. in eersten aanleg, naar 't schijnt, omslag in plaats eenvoud van procedure stijl en voorschrift achtende, van oordeel was, dat de erkenning bij afzonderlijke procedure behoorde gevraagd en dan daarna de scheidings. actie moest worden ingesteld, op grond waarvan de eisch^sse in de ingestelde actie werd verklaard niet ontvankelijk *vooralsnog;*

„A. echter het Hof, die regtsbeschouwing niet deelende, dat vonnis vernietigde, doch zijnerzijds tot de slotsom kwam, dat de eisch^sse was ten eenemale niet-ontvankelijk in hare vordering, omdat, ook al slaagde zij volkomen in het bij de wet voor de gedwongen erkenning gevorderd bewijs, zij niettemin zou zijn uitgesloten van de nalatenschap harer moeder;

„A. die beslissing is te opmerkelijker, omdat het Hof niet betwist de stelling der eisch^sse, dat het vonnis, houdende de *réconnaissance forcée* is *déclaratif* en uit zijnen aard van terugwerkende kracht;

„A. zulks blijkt uit 's Hofs 12e en niet minder uit 's Hofs 20e en 21e overw^n in regten;

„A. immers bij die laatste overw^n het Hof die stelling stilzwijgend beaamt, doch haar dáárom niet afdoende acht omdat „voor het ontstaan van de regten bij a. 756 *C.-C.*

„bedoeld het bestaan der natuurlijke verwantschap niet vol„doende was, doch dat de wet voor het toekennen der regten „als voorwaarde stelde een op wettelijke wijze geschiedde erken„ning, waardoor van het bestaan der verwantschap bleek;"

„A. het Hof natuurlijk niet heeft voorbijgezien dat, werkt inderdaad de regterlijke erkenning achteruit, wat het Hof niet betwist, dan ook de regterlijke erkenning, schoon later verkregen, niettemin bij het openvallen der nalatenschap regtens aanwezig wordt geacht, zoodat er dan bij het openvallen niet bloot bestond een zoogenaamde feitelijke of natuurlijke verwantschap, maar wel degelijk een wettelijk erkende;

„A. het dan ook blijkt uit de aan de 20ste onmiddellijk voorafgaande overw., dat het Hof tevreden zou zijn geweest met elke regterlijke erkenning, *ook na het openvallen van de nalatenschap der moeder verkregen*, indien het maar ware geweest *vóór de afschaffing van den Code Civil;*

„A. alzoo in 's Hofs boven aangehaalde 21ste overw., al kon zij welligt iets duidelijker zijn gesteld, kennelijk de klemtoon is gelegd op de woorden „*op welke wijze*" en die geheele destructieve overw. terugslaat op de adstructieve beschouwingen der 16e tot en met 19e overw., alwaar beslist wordt, dat, vermits de nalatenschap is opengevallen onder het Fransche regt en de aanspraken der regthebbenden mitsdien naar den *Code* moeten worden beoordeeld, het natuurlijk kind, om volgens a. 756 *C.-C.* alsnog aanspraak op de moederlijke nalatenschap te kunnen maken, zou moeten vertoonen eene regterlijke erkenning *onder vigueur van dien Code verkregen*, vermits de afschaffing van dien *Code*, naar 's Hofs meening, de vervulling der wettelijke voorwaarde voor het natuurlijk kind voortaan regtens onmogelijk maakte;

„A. inderdaad op die regtsbeslissing het *dictum* rust;

„A. echter het arr. voorbijziet, dat, al moet de vraag of de eischsse regt heeft om in de erfenis harer moeder te deelen als natuurlijk kind, beoordeeld worden naar a. 756 *C.-C.*,

daaruit wèl zou kunnen worden afgeleid, dat de regterlijke erkenning moest worden verkregen *op de wijze* als die *C.-C.* dat wilde en voorschreef, doch geenszins dat die erkenning nu ook *per se* moest zijn verkregen vóór 1 Oct. 1838;

„A. bovendien de bepalingen van de a. 340 *C.-C.* en 343 B.-W. zijn gelijkluidend, zoodat ten deze volkomen continuiteit van regtstoestand bestaat, waaruit volgt, dat, moet men uit het arr. lezen, dat het natuurlijk kind zijn bevoegdheid om regterlijke erkenning te vragen, niet van uit den *C.-C.* met zich medevoerde onder de volgende wetgeving, doch dat voor zulk een erkenning alleen beslissend is het regt, dat van kracht is tijdens de aanvrage, dan toch in elk geval het Hof naar het voorschrift van a. 48 B.-R. de vordering had moeten toetsen aan- en ontvangen op grond van a. 343 B.-W., dat hetzelfde regt onder dezelfde voorwaarden geeft;

„Mitsdien tegen het tusschen partijen door het Hof te 's Gravenhage 18 Febr. 1884 gewezen arr. te hooren aanvoeren als *middel* van cassatie: schending en verkeerde toepassing van de a. 341, 756, 757 *C.-C.* en van de a. 343 B.-W.; a. 1 der Transitoire wet van 16 Mei 1829, *St.* n° 29 en a. 48 B.-R.; omdat terwijl de gedwongen regterlijke erkenning ten voordeele van het natuurlijk kind is *déclaratif* en achteruit werkt, wat het Hof niet betwist, het arr. niettemin beslist, dat de onder het B-W. door het natuurlijk kind gevorderde regterlijke erkenning het kind niet zou baten om mede te beuren in de onder den *C.-C.* opengevallen moederlijke nalatenschap, vermits, om in zulk een erfenis te kunnen geregtigd zijn, het natuurlijk kind zijn regterlijke erkenning erlangd zou moeten hebben vóór de afschaffing van den *C.-C.*;

„En op grond van dat *middel* te hooren concluderen, dat de H.-R. vernietige het tusschen partijen door het Hof gewezen arr., voor zoover daarbij is bevestigd de in eersten aanleg uitgesproken verklaring, dat ware onbewezen en tegelijk was onthouden het verlof om te bewijzen de feiten bij

de a. 341 *C.-C.* en 343 B.-W. bedoeld, en waarbij voorts de eisch^{sse} is verklaard niet-ontvankelijk in haar ingestelde vordering, en dat de H.-R., ten principale regtdoende, de vordering verklare wèl ontvankelijk, met renvooi der zaak overigens ter verdere behandeling en beslissing; kosten regtens."

Nog werd voor de eisch^{sse}, door Mr. VLIELANDER HEIN q.q. genomen de volgende incidentele conclusie:

"A. bij het incidenteel *middel* wordt aangevallen 's Hofs beslissing, dat een eischer bij dezelfde dagvaarding en dus in één procedure mag vorderen de geregtelijke erkenning van zijn natuurlijk kindschap en de scheiding en deeling der erfenis waarop dat erkend natuurlijk-kindschap hem regt geeft;

"A. tot steun van het *middel* wordt opgemerkt, dat het natuurlijk kind, wil het tot erven en dus tot deelen geregtigd zijn, *erkend kind* moet zijn op het oogenblik, dat het de erfenis of de deeling vraagt;

"A. immers de verw^s niet betwisten, en dan ook met regt niet kunnen betwisten, 's Hofs stelling, dat de regterlijke erkenning even als elk vonnis is *déclaratif* en dus, wordt zij bij vonnis uitgesproken, terugwerkt tot minstens den dag der dagvaarding, zoodat zij dan immer op het oogenblik der dagvaarding regtens aanwezig is;

"A. dat zoo zijnde, de geheele vraag louter is een vraag van procedure, deze namelijk: waar ergens wordt voorgeschreven, dat een eischer, die, ter erlanging van zijn *petitum*, een bepaalde qualiteit heeft te bewijzen, moet voeren twee successieve procedures, een om zich te legitimeren en een tweede om de vrucht van zijn qualiteit te plukken, — of waar anders wordt verboden dat bij een en dezelfde procedure het mogelijk geschil over de qualiteit en het hoofdgeschil worden aanhangig gemaakt en beslist?

"A. nu dergelijk voorschrift of verbod niet alleen nergens, noch in, noch buiten het *middel*, wordt aangetroffen, doch hetgeen de verw^s willen is in strijd met den geheelen geest

onzer procedure-regelen, die op vereenvoudiging, niet op vermenigvuldiging van gedingen zijn aangelegd;

„Zoo wordt geconcludeerd tot verwerping van het incidenteel *middel*."

Voor de principaal verw° en incidenteel eischers in cassatie, vertegenwoordigd door mr. A. M. VAN STIPRIAAN LUISCIUS, advocaat bij den H. R. der Ned., werd hierop bij conclusie geantwoord als volgt:

„A. in deze vaststaat, dat A. D. K. 7 April 1836 te Schelluinen is overleden; dat zij als eenige erfgenamen bij versterf naliet hare moeder en haren broeder, die hare nalatenschap in bezit hebben genomen en verdeeld, en dat de eisch^sse in cassatie, met het beweren, dat zij zoude zijn het natuurlijk kind van voormelde overledene, alsnog bij dagvaarding van 19 Mei 1882 eene vordering tot scheiding en deeling dier nalatenschap heeft ingesteld tegen de successeuren dier erfgenamen;

„A. de eisch^sse in die vordering door den eersten regter is verklaard *vooralsnog* niet-ontvankelijk, omdat zij niet door nu wijlen A. D. K. bij authentieke acte als haar natuurlijk kind erkend, ook niet bij gewijsde eene geregtelijke erkenning had verkregen, hoedanige, hetzij vrijwillige, hetzij geregtelijke erkenning moest vaststaan, om de eisch^sse in hare vordering tot scheiding en verdeeling ontvankelijk te doen zijn;

„A. de regter in appèl, dit oordeel van den eersten regter verwerpende, het op zich zelf volkomen voldoende achtte, dat de eisch^sse in dit proces het bewijs leverde van te zijn het natuurlijk kind van wijlen bedoelde A. DE K., maar toch de eisch^sse in haren eisch tot scheiding en deeling heeft niet-ontvankelijk verklaard, omdat voor het doen gelden der regten, door a. 756 *C.-N.* aan het natuurlijk kind op de nalatenschap der moeder toegekend, noodig was niet slechts het bestaan der natuurlijke verwantschap maar bepaaldelijk eene op wettelijke wijze tot stand gekomene erkenning, en

wel eene *die onder de werking van den C.-N.* was verkregen, en dus nu *sedert de afschaffing van dien Code niet meer verkrijgbaar was;*

„A. de eisch^sse tegen de op dien grond uitgesproken niet-ontvankelijk-verklaring harer vordering als *middel* van cassatie heeft aangevoerd: schending en verkeerde toepassing van de a. 341, 756, 757 *C-C.* en van a. 343 B. W., a. 1 der Transitoire wet van 16 Mei 1829, *St.* n° 29 en a. 48 B.-R., omdat terwijl de gedwongen regterlijke erkenning ten voordeele van het natuurlijk kind is *déclaratif* en achteruit werkt, wat het Hof niet betwist, het arr. niettemin beslist, dat de onder het B.-W. door het natuurlijk kind gevorderde regterlijke erkenning het kind niet zou baten om mede te beuren in de onder den *C.-C.* opgevallen moederlijke nalatenschap, vermits, om in zulk een erfenis te kunnen geregtigd zijn het natuurlijk kind zijne regterlijke erkenning erlangd zou moeten hebben vóór de afschaffing van den *C.-C.;*

„A. de gevolgen van de afschaffing van den *C.-N.*, zonder dat de eisch^sse onder vigueur van dat wetboek geregtelijke erkenning had verkregen, door de nu verw^s in cassatie, toen geintimeerden, niet zijn ingeroepen ter motivering der door hen gewilde niet-ontvankelijk-verklaring der eisch^sse in hare vordering tot scheiding, en deeling, maar die motivering *ambtshalve* door het Hof is gegeven;

„A. de verw^s in cassatie vermeenen, dat *wat van bedoeld 's Hofs* MOTIEF *moge zijn*, 's Hofs DISPOSITIEF, de niet-ontvankelijk-verklaring der eisch^sse in haren eisch tot scheiding en deeling, steeds moet worden gehandhaafd wegens het door de nu verw^s aangevoerd motief, dat eene *nu* tot stand gekomen geregtelijke erkenning van de eisch^sse als natuurlijk kind van A. D. K. geen invloed zou kunnen uitoefenen op de beslissing der vraag, wie zes en veertig jaren geleden tot de nalatenschap dezer 7 April 1856 overleden vrouw geregtigd waren;

„A. toch volgens a. 718 *C.-N.* „*les successions s'ouvrent par*

la mort," en dus de nalatenschap van A. D. K. 7 April 1836 is opengevallen;

"A. derhalve deze datum definitief besliste, wie tot hare nalatenschap waren geregtigd en latere gebeurtenissen daarin geene verandering konden brengen;

"A. de bewering is onmogelijk, en dan ook zelfs door de eisch^sse niet wordt beproefd, dat op dien 7^n April 1836 de toen opengevallen nalatenschap aan iemand anders kan zijn opgekomen, dan uitsluitend aan de moeder en den broeder der toen overledene;

"A. toen bepaaldelijk ook was onmogelijk de bewering, dat de eisch^sse aan de a. 756 en 757 *C.-N.* toen eenig regt op de goederen dier nalatenschap ontleende, vermits die wetsbepalingen zoodanig regt van natuurlijke kinderen alleen erkennen, *lorsqu'ils ont été légalement reconnus* en het vaststaat, dat de eisch^sse op dien 7^n April 1836 noch vrijwillig, noch geregtelijk als natuurlijk kind der toen overledene was erkend;

"A. mitsdien de moeder en de broeder der toen overledene met het meest onbetwistbaar regt de toen opengevallen nalatenschap, hebben onder zich genomen en verdeeld en het nergens geschreven staat en dan ook is geheel onaannemelijk, dat, met vernietiging van wat toen volkomen wettig is geschied, en met krenking der toen door moeder en broeder der erflaatster definitief verkregen regten, — eene zes en veertig jaren later door de eisch^sse gevraagde geregtelijke erkenning zou kunnen te weeg brengen, dat die moeder en broeder geacht zouden moeten worden in 1836 ten onregte over het geheel der nalatenschap te hebben beschikt;

"A., om deze redenen, het dispositief van het beklaagde arr., waarbij de eisch^sse is verklaard niet-ontvankelijk in haren eisch tot scheiding en deeling, volkomen juist is en dus tegenover de bestrijding der eisch^sse van het motief, door het Hof ter goedmaking van dat dispositief aangevoerd, zal moeten worden gehandhaafd;

„A. de verw^e in cassatie ten overvloede opmerken, dat bij onverhoopte toewijzing van den eisch in cassatie, slechts renvooi, maar nooit dadelijk eene ontvankelijk-verklaring der eisch^sse zou mogen worden uitgesproken, omdat nog andere middelen van niet-ontvankelijkheid bij het Hof zijn onbeslist gebleven;

„A. de principaal verw^e in cassatie voorts zich incidenteel in cassatie voorzien tegen voormeld arr., door het Geregtshof te 's Gravenhage 18 Febr. 1884 tusschen partijen gewezen, voor zoover daarbij van het vonnis, door de arr.-regtb. te Dordrecht 28 Febr. 1883 tusschen partijen gewezen, dit gedeelte is vernietigd, waarbij de oorspronkelijk eisch^sse en app^e, nu incidenteel verw^sse in cassatie, is verklaard *vooralsnog* niet-ontvankelijk in hare ingestelde vordering;

„A. de incidenteel eischers in cassatie echter niet verlangen, dat op hunne incidentele voorziening ook dan zal worden beslist wanneer de H.-R., oordeelende de principale voorziening allereerst te kunnen onderzoeken, deze zal bevinden te zijn ongegrond;

„A. als incidenteel *middel* van cassatie wordt voorgesteld: schending en verkeerde toepassing van de a. 756, 757, 334, 341 en 815 *C.-N.* en de a. 909, 910, 335, 336, 343 en 1112 B.-W., omdat het Hof de exceptie van niet-ontvankelijkheid vooralsnog der nu incidenteel verw^sse in cassatie in hare vordering tot scheiding en deeling der nalatenschap van hare beweerde natuurlijke moeder heeft verworpen, ofschoon vóór het instellen dier vordering noch vrijwillige erkenning noch erkenning bij gewijsde door de oorspronkelijk eisch^sse was verkregen;

„A. de a. 756 en 757 *C.-N.*, en zoo ook de a. 909 en 910 B.-W., alleen aan *wettelijk erkende* natuurlijke kinderen regt toekennen op de nalatenschap hunner ouders;

„A. hieruit volgt, dat de nu incidenteel verw^sse in cassatie,

om zoodanig regt op de nalatenschap van A D. K. te kunnen doen gelden, d. i. om ontvankelijk te kunnen zijn in eenen eisch tot scheiding en deeling der nalatenschap van deze overledene, moest zijn haar *wettelijk erkend natuurlijk* kind, m. a. w. zij, oorspronkelijk eisch^{sse}, *hetzij* eene authentieke akte, waarbij de overledene haar, overeenkomstig a. 384 *C.-N.* (gelijk aan a. 336 B.-W.) had erkend, *hetzij* een gewijsde, bevattende overeenkomstig a. 341 *C-N.* (of a. 343 B-W.) hare geregtelijke erkenning, moest bezitten, om zoodanigen eisch tot scheiding en deeling te kunnen instellen;

„A. dus het Hof, door niet aan te nemen, dat de oorspronkelijk eisch^{sse} was niet-ontvankelijk in dien eisch, zoolang zij niet was vrijwillig of geregtelijk erkend natuurlijk kind van A. D. K., de bij het incidenteel *cassatie-middel* aangehaalde a. heeft geschonden en verkeerd toegepast;

„A. bij het beklaagde arr. wel wordt aangevoerd, dat, zoo de oorspronkelijk eisch^{sse} in dit proces (de actie tot scheiding en deeling) bewees, dat zij is het natuurlijk kind der erflaatster, daaruit alsdan zou volgen, dat zij zich bij dagvaarding teregt op die verhouding had beroepen;

„A. echter het Hof daarbij uit het oog verloor, dat zoodanig *in de procedure* tot scheiding en deeling geleverd bewijs *niet* zou tengevolge hebben, dat de oorspronkelijk eisch^{sse} *vóór* het instellen dier vordering *was*, hetzij vrijwillig, hetzij geregtelijk, *erkend natuurlijk kind der erflaatster*, eene hoedanigheid, waarvan hare ontvankelijkheid in die vordering afhing;

„Zoo concludeert Mr. A. M. VAN STIPRIAAN LUÏSCIUS, qq., dat bij arr. van den H.-R. der Ned., de principale voorziening in cassatie zal worden verworpen, en dat, wanneer de H.-R. mogt oordeelen tot beslissing op de incidentele voorziening in cassatie te moeten overgaan, alsdan bij 's H.-R^{s} te wijzen arr. zal worden vernietigd het in deze door het Geregtshof te 's Gravenhage, 18 Febr. 1884, tusschen partijen gewezen

arr., voor zoover daartegen de incidentele voorziening in cassatie is gerigt, en zal worden bevestigd het vonnis der arr.-regtb. te Dordrecht van 28 Febr. 1883, voor zoover dit bij 's Hofs arr. is vernietigd, alles en in elk geval met veroordeeling van de oorspronkelijk eisch^{sse} in cassatie in alle kosten in cassatie gevallen."

In deze zaak heeft de Adv.-G. van Maanen, namens den Proc.-G., genomen de volgende conclusie:

„*In facto* staat vast dat op 7 Apr. 1836 te Schelluinen is overleden A. d. K., nalatende hare moeder en een broeder alsmede een natuurlijk, niet door haar erkend kind, de eisch^{sse} in deze, hetwelk in 1833 was geboren.

„M. S., de moeder, en E. d. K., de broeder, hebben de nalatenschap van de overledene tot zich genomen, en tegen hunne erven en regtverkrijgenden heeft de eisch^{sse} ingesteld eene vordering tot scheiding en deeling der nalatenschap.

„Zij heeft dien eisch gegrond op het feit, dat zij was de *erkende* natuurlijke dochter van A. d. K. en voor het geval de verw^{s} deze hare qualiteit mogten betwisten, ten bewijze van haar regt, ingeroepen het geval van a. 341 *C.-C.*

„Door de regtb. te Dordrecht en het Geregtshof te 's Gravenhage is zij niet-ontvankelijk verklaard in hare vordering, doch op verschillende gronden.

„De grond door het Geregtshof aangevoerd, en daartegen is het principale *middel* van cassatie gerigt, is dat de eisch^{sse} uit a. 756 *C.-C.* slechts kon ontleenen een voorwaardelijk regt op de erfenis harer moeder, maar dat op het oogenblik waarop die *Code* ophield hier te lande van kracht te zijn, zonder dat zij vrijwillig of geregtelijk was erkend, de vervulling der wettelijke voorwaarde, van *voorafgaande* erkenning, voortaan regtens onmogelijk was geworden.

„Als *middel* van cassatie is aangevoerd: schending en verkeerde toepassing van de a. 341, 756 en 757 *C.-C.*, a. 343 B.-W., a. 1 der Transitoire wet van 16 Mei 1829,

St. n° 29, en a. 48 B.-R., omdat terwijl de gedwongen regterlijke erkenning ten voordeele van het kind is *déclaratif* en achteruit werkt, wat het Hof niet betwist, het arr. niettemin beslist, dat de onder het B.-W. door het natuurlijk kind gevorderde regterlijke erkenning, het kind niet zou baten om mede te beuren in de onder den *C.-C.* opengevallen moederlijke nalatenschap, vermits om in zulk eene erfenis geregtigd te zijn, het natuurlijk kind zijne regterlijke erkenning erlangd zou moeten hebben vóór de afschaffing van den *C.-C.*

„Ten aanzien van dien grond van niet-ontvankelijkheid, die ook de verw^s^ *niet* tot de hunne hebben gemaakt, zij opgemerkt, dat al kan men de erkenning bij a. 756 *C.-C.* gevorderd, beschouwen als eene *voorwaarde* om in de erfenis te deelen, daaruit wel kan volgen, dat zij moest zijn erlangd op eene der wijzen, *bij* dien *Code* voorgeschreven, maar niet dat zij *onder* dien *Code* moest zijn verkregen. De eisch^sse^ ontleent *c. q.* haar regt om te erven aan a. 756 *C.-C.*, maar hare qualiteit, waarop zij dat regt wil bouwen, moet zij op grond van de thans vigerende wet, op grond van a. 343 B.-W. vindiceren, hetwelk gelijkluidend is aan a. 341 *C.-C.* Zij bleef dus na 1 Oct. 1838 in denzelfden regtstoestand en kan dus regtens ook na dien tijd, gelijk a. 756 *C.-C.* dat bepaalt, de erkenning vorderen. Met de niet-ontvankelijkheid op dien grond uitgesproken, kan ik mij dus niet vereenigen.

„De verw^s^ hebben evenwel handhaving van het dispositief van 's Hofs arr. gevorderd, omdat de nalatenschap op 7 Apr. 1836 zijnde opengevallen, die datum *definitief* besliste, wie daartoe geregtigd waren en latere gebeurtenissen daarin geene verandering kunnen brengen;

„dat dan ook niet is beweerd, dat iemand anders dan de moeder en de broeder toen erfgenamen waren, en het kind toen geen regt op de nalatenschap kon doen gelden, omdat het niet volgens a. 756 *C.-C.* was *légalement reconnu;* dat waar dus de moeder en broeder met onbetwistbaar regt de

nalatenschap hadden verdeeld, op die verkregen regten 46 jaar later geen inbreuk meer kan worden gemaakt.

„Het beroep op a. 718 *C C* kan echter m. o. niet opgaan; op het oogenblik van den dood valt de erfenis wel open, maar daaruit volgt niet, dat erfgenamen, die dan onbekend zijn, van hun regten op de erfenis verstoken worden, omdat anderen de nalatenschap hadden verdeeld; ze kunnen hunne aanspraken vóór den termijn der verjaring doen gelden.

„De datum van het overlijden beslist definitief wie erfgenamen zijn: dat is volkomen waar; maar de *latere* erkenning is, zoo zij tot op het oogenblik der geboorte terugwerkt, in den geest der wet *geene latere* gebeurtenis; zoo de erkenning *uit haren aard* terugwerkt, wordt dat „*latere*" juist weggenomen, want de geboorte vóór het overlijden, niet de erkenning na den dood, is de gebeurtenis, waarop de *hereditatis petitio* gegrond is.

„Aan een verkregen regt van hen, die de nalatenschap verdeelden, kan vóór de verjaring niet wel worden gedacht, omdat zoo lang iemand, gelijk *in casu*, daarop een regt kan doen gelden, hun regt nog als het ware *in suspenso* is, en wordt des eischers regt erkend, dan blijkt de verdeeling onwettig te zijn geschied.

„De vraag, die dus ook naar mijn oordeel het geschil beheerscht, is daarom of de *reconnaissance* terugwerkende kracht heeft, en of de geregtelijke erkenning in dat opzigt gelijkstaat met de vrijwillige erkenning.

„De schrijvers zijn nagenoeg eenparig in de bevestigende beantwoording dier vragen. DEMOLOMBE V, n° 456, p. 159; XIV, n° 15, p. 231; BAUDRY, *Précis de droit civil* t. I, n° 752, p. 476, n° 772 en 773, p. 489; LAURENT IX, n° 108, p. 129; MARCADÉ II, n° 92, p. 82; III, n° 105, p. 102; MOURLON, *Repet. écrites* I, n° 975 en volg, p. 496 en 497; AUBRY en RAU VI, § 568 *quater*, bl. 188; OPZOOMER II, bl. 172 en Mr. J. POLS in *N. Bijdr.* van 1855, V, p. 318 vlgg.

„Met dat oordeel kan ik mij gereedelijk vereenigen.

„In het algemeen is het waar, dat de regtsgevolgen van eene vroeger ongekende daadzaak moeten worden beoordeeld naar het oogenblik, waarop de daad plaats had, niet naar den datum waarop zij werd gestaafd.

„De grond, waarop de burgerlijke betrekkingen tusschen natuurlijke kinderen en hunne ouders geboren worden, ligt niet in de erkenning, maar in het natuurlijke vader- of moederschap; dit ontstaat daardoor niet, maar wordt er door bekend.

„Niet de regterlijke uitspraak roept in het leven de afstamming, waarop het regt tot erfopvolging berust, maar het constateert dat feit.

„De bepaling van a. 335 B.-W., dat de burgerlijke betrekkingen door de erkenning *geboren* worden, obsteert niet, omdat de bedoeling van dit a. was te bepalen, dat die betrekking tusschen de ouders en het kind *alleen* bestaat (VOORDUIN, II, ad a. 335, V).

„De erkenning is in haren aard *déclaratif* en niet *attributif* en gelijk bij een *désaveu* de vader geacht wordt, van de geboorte af aan, niet de vader van het kind te zijn geweest, zoo wordt hij krachtens de *reconnaissance* beschouwd van het oogenblik der geboorte vader te zijn geweest, en het kind van dat tijdstip de regten van natuurlijk kind te hebben kunnen doen gelden.

„A. 756 *C.-C.* vordert voor het regt op de nagelaten goederen der ouders wel de erkenning, maar bepaalt geen tijd, waarop die zou moeten plaats hebben.

„Nu moge het voor de verw[s] minder aangenaam zijn, op deze wijze in regten te worden geroepen en eventueel goederen te moeten uitkeeren, die zij lang in hun bezit hadden en als de hunne beschouwden, het natuurlijk kind is daartegenover lang verstoken gebleven van datgene waarop het regt had. Ware voor haar *tempore utili* de *reconnaissance forcée* gevorderd, we zouden dit proces niet hebben. En nu zoude het

wel wenschelijk zijn geweest dat zij bij hare meerderjarigheid of eerder huwelijk haar regt had doen gelden, en daarmede niet nog 27 jaar had gewacht, zulks mag van eene rigtige toepassing der wet niet weêrhouden.

„De verw[e] hebben zich beroepen op het arr. van den H.-R. van 9 Febr. 1855 (v. D. HON., *B.-R.* XIX, 57), DALLOZ, in voce *Paternité* n° 687, waarbij ik voeg n° 509, *Succession* n° 353; DIEPHUIS, 2[e] éd., IV, p. 220 en 234 en *Systeem* V, p. 133; *N. Bijdr.* 1856, p. 86 en *Opmerk. en Med.* VI, p. 86, te vergelijken met *Regtsgel. Bijbl.* van 1846, p. 74 en volgg. en met *Vragen van Ned. Regt.* Amst. 1849, p. 25 volg.

„Voormeld arr. had echter een geheel ander geval op het oog, nl. of men een natuurlijk kind nog na doode kan erkennen om daardoor regt op zijne nalatenschap te erlangen. Maar na doode houdt men op in regtskundigen zin een persoon te zijn, wiens erkenning dus geene regtsgevolgen kan hebben, terwijl de voor een bepaald geval bij a. 334 B.-W. gemaakte uitzondering deze opvatting versterkt. „*Il est de principe*" zegt DELVINCOURT, I, noot 6, p. 91, „*que le néant ne peut acquérir et qu'on ne peut lui conférer aucun droit.*"

„Ook volgens DALLOZ n° 687 boven aangehaald is de „reconnaissance simplement déclarative de la filiation, non „pas attributive, et qu'en règle générale ses effets remontent „au moment de la naissance, mais il y des faits accomplis „auxquels *la raison* ne permet pas de faire retroagir les „effets de la reconnaissance."

„Als voorbeeld haalt hij aan: het huwelijk van het natuurlijk kind, dat de toestemming niet heeft gehad van den vader of de moeder, die het later erkende. Dat is een feit, waaraan niet valt te veranderen of te herstellen, en waarop de latere erkenning dus niet van invloed kan zijn. Hier daarentegen is dat wel mogelijk, en dit geval komt overeen met het door DALLOZ bijgebragte voorbeeld, dat degene die een kind erkent,

verpligt is te restitueren de kosten door een ander voor het onderhoud van het kind besteed.

„De wet maakt voorts geen onderscheid tusschen de vrijwillige en geregtelijke erkenning, ten aanzien van de daaraan verbonden regtsgevolgen, en ik zou alzoo van meening zijn dat dit *middel* moest opgaan, ware niet als incidenteel *middel* van cassatie voorgesteld: schending en verkeerde toepassing van de a. 756, 757, 334, 341 en 815 *C.-N.* en a. 909, 910, 335, 336, 343 en 1112 B.-W., omdat het Hof de exceptie van niet-ontvankelijkheid *vooralsnog*, der nu incidenteel verw^sse in cassatie in hare vordering tot scheiding en deeling der nalatenschap van hare beweerde natuurlijke moeder heeft verworpen, ofschoon vóór het instellen dier vordering noch vrijwillige erkenning, noch erkenning bij gewijsde door de oorspronkelijk eisch^sse was verkregen.

„Dit *middel* houd ik voor gegrond en de uitspraak van de regtb. te Dordrecht voor juist.

„De eisch^sse poseert in de dagvaarding dat zij regt heeft op een deel der nalatenschap van hare natuurlijke moeder, en stelt voorts, dat zoo hare hoedanigheid van *erkende* natuurlijke dochter mogt worden betwist, zij die *zal* bewijzen.

„Maar zoolang de eisch^sse niet vrijwillig of geregtelijk *is erkend*, is zij niet ontvankelijk om op grond van a. 756 *C.-C.* deze vordering in te stellen, om bij deze *petitio hereditatis* als het ware incidenteel *une action en reconnaissance forcée* in te stellen.

„A. 756 zegt duidelijk: „que lorsqu'ils *ont été* légalement reconnus", het feit der erkenning moet dus vaststaan en niet nog worden verkregen.

„Daarmede staat gansch niet gelijk, dat men optreedt in zekere hoedanigheid, welke bestreden wordt en waarvoor men bewijs aanbiedt; het verschilt daarmede in zooverre, dat alsdan de hoedanigheid bestaat en alleen onbewezen is, terwijl zij hier ook wel bewezen kan worden, maar juist daardoor niet

alleen gestaafd, doch eerst verkregen wordt. Men kan niet dagvaarden in eene qualiteit, die men juist door het regtsgeding hetwelk men aanlegt, tracht te verkrijgen.

„De eisch^{sse} moest erkend zijn toen zij de vordering instelde, en al werd nu in dit geding de *reconnaissance forcée* aangenomen, dan was ze toch niet tijdens het instellen der actie een natuurlijk *erkend* kind.

„En nu zegge men niet dat daardoor de procedure zonder noodzaak omslagtig wordt, — voor de verw^s kan het van belang zijn, dat de actie tot erkenning afzonderlijk worde ingesteld.

„Ik heb dus de eer te concluderen, dat de H.-R. zal vernietigen het arr. door het Geregtshof in deze zaak gewezen, en dat zal worden bevestigd het vonnis door de arr.-regtb. te Dordrecht, dd. 28 Febr. 1883 gewezen, voor zoover dit bij 's Hofs arr. is vernietigd, met veroordeeling van de eisch^{sse} in de proceskosten."

ARREST. — De H.-R. d. Ned. — Op het beroep van, enz.;

„O., dat door de eisch^{sse} als eenig *middel* van cassatie is voorgesteld: schending en verkeerde toepassing van de a. 341, 756 en 757 *C.-C.* en van a. 343 B.-W., a. 1 der Transitoire wet van 16 Mei 1829, *St.* n° 29 en a. 48 B.R., omdat, terwijl de gedwongen regterlijke erkenning ten voordeele van het natuurlijk kind is déclaratief en achteruit werkt, wat het Hof niet betwist, het arr. niettemin beslist dat de onder het B.-W. door het natuurlijk kind gevorderde regterlijke erkenning het kind niet zou baten om mede te beuren in de onder den *C.-C.* opengevallen moederlijke nalatenschap, vermits, om in zulk een erfenis te kunnen geregtigd zijn, het natuurlijk kind zijne regterlijke erkenning erlangd zou moeten hebben vóór de afschaffing van den *C-C*";

„terwijl door de verw^s als incidenteel *middel* van cassatie is voorgesteld: schending en verkeerde toepassing van de a. 756, 757, 334, 341 en 815 *C.-N.* en de a. 909, 910, 335, 336, 343 en 1112 B.-W., omdat het Hof de exceptie van

niet-ontvankelijkheid vooralsnog der nu incidenteel verw^sse^ in cassatie in hare vordering tot scheiding en deeling der nalatenschap van hare beweerde natuurlijke moeder heeft verworpen, ofschoon vóór het instellen dier vordering noch vrijwillige erkenning noch erkenning bij gewijsde door de oorspronkelijke eisch^sse^ was verkregen";

„O. ten aanzien van het principale *middel* van cassatie, dat dit *middel* is gerigt tegen den grond waarop het Geregtshof de eisch^sse^ niet-ontvankelijk heeft verklaard, nl. dat zij aan a. 756 *C.-C.* alleen ontleende een voorwaardelijk regt op de moederlijke nalatenschap, maar dat de voorwaarde, waarvan dat regt afhing op het oogenblik waarop de *Code* ophield hier te lande te gelden, niet was vervuld;

„O., dat die redenering in zoo verre is juist, als het Hof, aanneemt dat het regt der eisch^sse^ op de onder vigueur van den *C.-C.* opengevallen nalatenschap beoordeeld moet worden naar de bepalingen van dien *Code*, en zij dus geen regt op die nalatenschap kan hebben zonder de erkenning bij a. 756 van dien *Code* gevorderd op eene der wijzen bij dien *Code* voorgeschreven, te hebben verkregen, maar niet, voor zoover het Hof van oordeel is dat die erkenning reeds onder dien *Code* moet hebben plaats gehad;

„O. toch, dat de eisch^sse^, die volgens a. 341 *C.-C.* het regt had om de geregtelijke erkenning van hare hoedanigheid van natuurlijk kind van hare moeder te vorderen, onder ons B.-W., hetwelk in a. 343 eene bepaling bevat geheel gelijkluidend aan die van a. 341 *C.-C.*, dat regt heeft behouden, zoodat zij ook thans nog die erkenning kan vorderen;

„O. dat, indien op die vordering bij regterlijk gewijsde mogt worden verklaard dat zij is de natuurlijke dochter van de erflaatster, daaruit tevens zoude volgen dat zij die hoedanigheid heeft gehad van hare geboorte af en dus vóór de afschaffing van den *C.-C.*, zoodat de door het Geregtshof zoogenoemde *voorwaarde* vóór de afschaffing van dien *Code* zoude zijn vervuld;

„O., dat daaruit evenzeer volgt, dat zij die hoedanigheid had op het oogenblik van het openvallen der nalatenschap door den dood harer moeder;

„O. toch, dat het oogenblik van het openvallen der nalatenschap wel beslissend is voor de hoedanigheid van erfgenaam, maar dat daaruit niet volgt dat erfgenamen die op dat oogenblik onbekend zijn, later niet als zoodanig zouden kunnen optreden, bepaaldelijk niet dat een natuurlijk kind op dat oogenblik in leven doch niet erkend, ten gevolge van eene latere erkenning niet als erfgenaam zoude kunnen optreden, vermits die latere erkenning, als geldende een vroeger voorgevallen feit, de geboorte uit eene bepaalde moeder, uit zijnen aard terugwerkt tot op het oogenblik waarop dat feit is voorgevallen;

„O., dat het Hof mitsdien de aangehaalde a. verkeerd heeft toegepast, en het principale *middel* van cassatie derhalve is gegrond, zoodat het bestreden arr. uit dien hoofde zal moeten worden vernietigd;

„O. ten aanzien van het incidentele *middel* van cassatie, dat dit *middel* betreft de vernietiging van de bij het door het bestreden arr. vernietigde vonnis uitgesproken niet-ontvankelijkverklaring der eisch^sse^, omdat zij *vooralsnog* de hoedanigheid van erkend natuurlijk kind van de erflaatster zoude missen;

„O., dat nu het vaststaat dat de regterlijke erkenning, evenals iedere andere erkenning, terugwerkt tot op het oogenblik van het erkende feit, zij des te eerder, als ieder ander regterlijk gewijsde, terug moet werken tot op het oogenblik der dagvaarding, terwijl nergens is voorgeschreven dat iemand die in zekere hoedanigheid een eisch doet, eerst bij afzonderlijke vordering de erkenning dier hoedanigheid moet vorderen en pas daarna de van die hoedanigheid afhankelijke vordering zoude kunnen instellen;

„O., dat derhalve dit *middel* is ongegrond, en het bestreden arr., wat aangaat de vernietiging van de door de regtbank

uitgesproken niet-ontvankelijk-verklaring, behoort te worden bevestigd;

„Regtdoende op het principaal en incidenteel beroep:

„Vernietigt het arr. door het Geregtshof te 's Gravenhage, op 18 Febr. 1884, in deze zaak gewezen, behalve voor zooverre daarbij is vernietigd de niet-ontvankelijk-verklaring der eisch^sse^, uitgesproken bij vonnis door de arr.-regtb. te Dordrecht, op 28 Febr. 1883, tusschen partijen gewezen;

„Uit krachte van a. 105 R.-O. ten principale en wel in hooger beroep regt doende:

„Doet te niet het voormelde vonnis ook voor het overige, met verwerping van het incidenteel beroep tegen het beklaagde arr.;

„Wijst de zaak terug naar gemeld geregtshof, ten einde met inachtneming van deze uitspraak de zaak verder te behandelen en te beslissen;

„Veroordeelt de verw^s^ nummers 1 tot en met 8 in al de kosten van het geding, aan zijde van de eisch^sse^ en van de mede-verw^s^ gevallen."

N° 1936. — Arrest van 12 Februarij 1885.

(A. 596, 639, 667; a. 590, 596, 1856, 4°, en 1371 B.-W.; — a. 721 B.-R.)

Is de beslissing van het Hof, dat het de bedoeling van partijen was den eischer van pachter van het onroerend goed en eigenaar der roerende goederen te maken tot beheerder daarvan, feitelijk? — Ja.

Volgt uit de bepaling van a. 667, 1^e^ *lid, B.-W. dat de levering van roerende zaken plaats heeft door de overgave daarvan, dat er voor de levering altijd noodig is overgifte van hand tot hand?* — Neen.

Kan op eene bewering, voor het eerst in cassatie voorgesteld (in casu: *dat* constitutum possessorium *niet mogt zijn aangenomen, waar niet duidelijk en niet uitdrukkelijk bleek, uit welke oorzaak de vroegere bezitter in het vervolg enkel* detentor *zou zijn*) *worden acht geslagen?* — Neen.

De eischer in cassatie J. P., wonende te Wijchen, (vertegenwoordigd in deze door Mr. J. ADDINK, adv. bij den H.-R.), tegen een tusschen partijen op 28 Nov. 1883 gewezen arr. van het Geregtshof te Arnhem, heeft de verwsse in cassatie, vrouwe F. J. v. H., douairière van den heer J. C. baron v. P. te Arnhem (huize Klarenbeek), bij dagvaarding doen aanzeggen de volgende *middelen:*

„1° schending of verkeerde toepassing der a. 596, 639 en 667 B.-W., door aan te nemen, dat door den eischer in cassatie aan de verwsse bezit is overgedragen, van de zich op den onder Wijchen en Leur gelegen bouwhof „den Hagert" bevindende *roerende* goederen, door het als pachter of huurder van dat onroerend goed *enkel en alleen* vóór het verstrijken van den pacht- of huurtijd ter beschikking van de verpachtster of verhuurdster stellen van dat onroerend goed en door te beslissen, dat het tusschen partijen gesloten convenant *niet alleen* den eischer in cassatie, *van pachter in beheerder van dat onroerend goed veranderde, maar ook* hem *van eigenaar der zich op dat onroerend goed bevindende en hem toebehoorende roerende goederen tot beheerder en dus houder van die goederen* maakte.

„2° schending of verkeerde toepassing van de a. 590, 596, 1356, 4°, en 1371 B.-W., door als geldende aan te nemen eene overeenkomst, welker oorzaak noch uitgedrukt, noch bewezen is, namelijk het convenant, waarbij eenvoudig is overeengekomen, dat de zich op den bouwhof „den Hagert" bevindende roerende goederen zouden verblijven onder den vorigen eigenaar, zonder dat blijkt onder welken titel dit zoude plaats hebben, en door aan te nemen dat *constitutum possessorium* bestaat ook daar, waar niet duidelijk en niet uitdrukkelijk blijkt, uit welke oorzaak de vroegere bezitter in het vervolg enkel *detentor* zal zijn;

„3° schending of verkeerde toepassing van de a. 721 B.-R., in verband met a. 590, 1902 en 2014 B.-W., door te be-

slissen dat de zich tijdens het namens de verw^{sse} gelegd revindicatoir arrest op den bouwhof „den Hagert" in het bezit van den eischer in cassatie bevindende roerende goederen het eigendom waren van de verw^{sse} in cassatie, omdat de verw^{sse} eigenaresse zou zijn geweest van dergelijke goederen, die twee jaren vóór dat beslag zich op dien bouwhof bevonden, zoodat de eischer in cassatie verpligt zoude zijn het tegendeel te bewijzen, en daardoor te miskennen den regel, dat de houder geacht wordt voor zich zelf te bezitten zoolang niet bewezen is dat hij heeft aangevangen voor een ander te bezitten."

Strekkende de dagvaarding wijders om: „op grond van deze *middelen* te hooren vernietigen het arr. van het Geregtshof te Arnhem van 28 Nov. 1883, waartegen zij zijn gerigt, en den H.-R., doende wat het Hof had behooren te doen, te hooren vernietigen het vonnis in eersten aanleg tusschen partijen gewezen, met toewijzing van de door den eischer in cassatie, oorspronkelijk gedaagde, voor den *judex facti* genomen conclusie, en mitsdien te hooren verklaren nietig en van onwaarde het bij proces-verbaal van den deurwaarder M. D. T. te Nijmegen van 5 Mei 1883, ten verzoeke van de verw^{sse} in cassatie onder handen van den eischer in cassatie op de bij dat procesverbaal omschreven roerende goederen gelegd revindicatoir beslag, dat beslag opgeheven te hooren verklaren, en zich te hooren veroordeelen om aan den eischer in cassatie te vergoeden alle ten gevolge van dat beslag reeds geleden en nog te lijden schaden, kosten en interessen, nader op te maken bij staat; alles met veroordeeling van de verw^{sse}, oorspronkelijk eisch^{sse}, in alle proceskosten, die in eersten aanleg en in hooger beroep daaronder begrepen."

Voor de verw^{sse} van cassatie, vertegenwoordigd in deze door Mr. J. J. Bergsma, is hierop de volgende conclusie van antwoord genomen:

„A. bij dagvaarding zijn aangevoerd de volgende *drie middelen* van cassatie, enz.

„A. wat het *eerste middel* betreft dit uitvloeisel schijnt van de min juiste voorstelling, die de eischer in cassatie zich maakt van wat *in factis* vast staat:

„dat hij immers 27 Junij 1881 aan de verw^sse door tusschenkomst van haar rentmeester in eigendom heeft overgedragen alle zich in de gebouwen of op de landerijen bevindende goederen, en bij tegelijker tijd als lasthebber der verw^sse op zich nam het voorloopig beheer en bestuur van den bouwhof; waaronder behoorden de zorg voor en het gebruik van de in eigendom overgedragen roerende goederen, welke hij eischer, de vroegere eigenaar, dus *nomine alieno* onder zich nam;

„A. dus de aangehaalde a. niet zijn geschonden of verkeerd toegepast;

„A. wat het *tweede middel* betreft, dit schijnt te berusten op eene geheel nieuwe bewering omtrent de verhouding van partijen, welke bewering in cassatie niet kan worden onderzocht;

„A. immers noch in eersten aanleg noch in hooger beroep de overeenkomst van 27 Junij 1881 als zonder oorzaak of berustende op valsche of ongeoorloofde oorzaak is bestreden, en dergelijke bestrijding voor het eerst in cassatie is ontoelaatbaar, daargelaten dat zij mist elken feitelijken grondslag, daar er was èn eene oorzaak èn eene in alle opzigten geoorloofde oorzaak;

„A., wat het *derde middel* aangaat, als *in factis* vaststaande èn bij het arr. *a quo* èn bij het bevestigde vonnis is aangenomen, dat de verw^sse was eigenaresse der gerevindiceerde goederen;

„dat aan haar 27 Junij 1881 is overgedragen *eene algemeenheid van roerende zaken;*

„A. al verder het arr. *a quo* zeer teregt uitmaakt, dat zij dus als ieder eigenaar regt had die van iederen houder terug te vorderen, en voorts met juistheid overweegt, dat, indien er onder de in beslag genomen voorwerpen zich enkele bevonden, welke waren het eigendom van den eischer in cassatie,

deze zulks had behooren te bewijzen, maar hij dat niet gedaan ja zelfs niet aangeboden heeft te doen, in hooger beroep eenvoudig persisterende bij de conclusien in eersten aanleg, waar geen sprake is van eenig bewijs-aanbod;

„A. dus de *drie* voorgestelde *middelen* zijn volkomen ongegrond;

„Zoo concludeert Mr. J. J. Bergsma qq., dat bij arr. van den H.-R., met bevestiging van het arr. van het Hof van Arnhem, zal verworpen worden het beroep in cassatie, met veroordeeling van den eischer in de kosten.”

In deze zaak heeft de Adv.-G. Polis, namens den Proc.-G., de volgende conclusie genomen:

„Tegen het arr. van het Geregtshof te Arnhem van 28 Nov. 1883, bevestigende een vonnis van de regtb. te Arnhem van 25 Junij bevorens, waarbij is van waarde verklaard het door de verw^sse in cassatie op de zich op de hofstede „de Hagert” onder Wijchen en Leur bevindende goederen gelegd revindicatoir beslag, zijn *drie middelen* voorgesteld.

„Het *eerste* heet: schending of verkeerde toepassing van de a. 596, 639 en 667 B.-W., door aan te nemen, dat door den eischer in cassatie aan de verw^sse bezit is overgedragen van de zich op gemelden bouwhof bevindende roerende goederen, door het als pachter of huurder van dat onroerend goed *enkel en alleen* vóór het verstrijken van den pacht of huurtijd ter beschikking van de verpachtster of verhuurster stellen van dat onroerend goed, en door te beslissen, dat het door partijen gesloten convenant niet alleen den eischer in cassatie *van pachter in beheerder van dat onroerend goed veranderde*, maar ook hem van eigenaar der zich op dat roerend goed bevindende en hem toebehoorende roerende goederen tot beheerder en dus houder van die goederen maakte.

„Het Hof heeft niet uitgemaakt dat aan de verw^sse het bezit van de op de hofstede zich bevindende roerende goederen door den eischer is overgedragen door het *vóór het verstrijken*

van den pacht- of huurtijd ter beschikking van de verpachtster of verhuurster stellen van dat onroerend goed, maar dat bij a. 2 van het tusschen partijen gesloten convenant aan den gemagtigde van de verw^{sse} door den eischer op rekening en in mindering van betaling van het *door hem verschuldigde schadebedrag, in eigendom zijn overgedragen al de op de genoemde hofstede en aanhoorigheden zich bevindende roerende goederen, en dat de bij a.* 1 *van dat convenant bedoelde roerende goederen ook op datzelfde oogenblik in het bezit van de verw^{sse} zijn overgegaan*, omdat bij a. 3 van het convenant de eischer zich belast heeft met het voorloopig beheer en bestier van dien bouwhof met bijbehooren; *dat door die veranderde hoedanigheid van den eischer als pachter der hoeve en eigenaar der roerende goederen, in die van beheerder namens de verw^{sse}, het goed dat hij voor zich self bezat door hem onmiddellijk daarna voor de verw^{sse} werd bezeten, en eene feitelijke levering dus niet meer noodig was.* En door die beslissing kunnen de bij het *middel* genoemde wetsbepalingen niet zijn geschonden of verkeerd toegepast.

»De vraag of het Hof het convenant juist heeft uitgelegd, of het Hof teregt heeft begrepen, dat het de bedoeling van partijen was den eischer van pachter van het onroerend goed en eigenaar der roerende goederen te maken tot beheerder daarvan, is *facti*. En de beslissing *in jure*, dat bij deze toedragt der zaak eene feitelijke levering niet meer noodig was is, dunkt mij, volkomen juist, omdat uit de bepaling van a. 667, 1^{e} lid, B.-W., dat de levering van roerende zaken plaats heeft *door de overgave daarvan*, niet volgt, dat er voor de levering altijd noodig is *overgifte van hand tot hand*, die dan ook in tal van gevallen onmogelijk zou zijn, maar daartoe voldoende is iedere handeling, waardoor de zaak wordt gesteld onder de magt en in het bezit van den verkrijger (Cf. arr. van 26 Nov. 1841; v. d. Hon., *B.-R.* III, 66) en zoodanige handeling hier aanwezig is, waar niet sprake is van eene

symbolische, en ook niet van eene *fictieve* levering, maar waar de eigenaar, die de zaak overdraagt, bij overeenkomst verklaart de zaak voor de verkrijgster, zijne lastgeefster, te zullen onder zich houden en beheeren, en dus van af dat oogenblik niet meer voor zich, maar voor de verkrijgster bezeten heeft. „Kraft der Möglichkeit,” zoo leert PUCHTA, *Pand.* § 130 *in fine*, „durch Repraesentanten Besitz zu erwerben, kann eine Tradition „durch die blosse Erklärung des bisherigen juristischen Besitzers, fortan im Namen des Empfängers besitzen zu wollen „geschehen.” Dat is, wat men noemt het *constitutum possessorium*, waaromtrent SAVIGNY (*Besitz*, uitg. 1837, p. 369 *in fine*) opmerkt: „Das Wort kommt bei den Römern nicht vor, wohl „aber die Sache, und selbst wenn sie nicht besonders im Römischen Recht genannt wäre, würde sie um nichts weniger „gewiss sein.” En zoo zal het ook wel bij ons zijn. Want het *constitutum possessorium* is niet een van de algemeene regelen omtrent bezit en bezitsverkrijging, afwijkend regtsinstituut, maar de toepassing dier regelen op de bezitsverkrijging voor een ander, ingeval degeen die voor een ander wil gaan bezitten, de zaak reeds in zijne magt heeft, dus de *apprehensio* reeds is geschied, als wanneer alleen verandering van den *wil* noodig is, om den tot bezitsverkrijging noodzakelijken zamenloop van *animus* en *corpus* te doen plaats hebben. Te ontkennen is het echter niet, dat de toelating van het *constitutum possessorium* tot kwade praktijken en bedriegelijke handelingen tegenover crediteuren leiden kan. Maar hier hebben wij niet te doen met crediteuren, die door de eigendomsoverdragt beweren benadeeld te zijn, maar met den *voormaligen eigenaar*, die aan den verkrijger met wien hij gecontracteerd heeft, het eigendomsregt betwist, terwijl ik overigens ook met Mr. MOM VISCH (*Themis* 1871, p. 503) geloof, dat mogelijk misbruik van een middel niets te maken heeft met zijne juridische geldigheid, en daarin geene voldoende reden gelegen is om het *constitutum possessorium* uit ons regt te verbannen,

daargelaten, dat daar, waar kwade trouw zal worden beweerd, de regter steeds uit de omstandigheden zal hebben te beoordeelen, of er termen bestaan om de van kwade trouw beschuldigde handeling als *in fraudem creditorum* gesimuleerd te beschouwen en nietig te verklaren.

„Mijne meening omtrent het *eerste middel* is dus, dat 's Hofs uitspraak *in jure* wordt geregtvaardigd door de wetsbepalingen die bij het *middel* als geschonden of verkeerd toegepast worden voorgesteld, en dat des eischers grief tegen de uitlegging door het Hof aan het convenant gegeven, is van feitelijken aard, en dus niet tot cassatie kan leiden.

„Het *tweede middel* luidt: schending of verkeerde toepassing van de a. 590, 526, 1356, 4° en 1371 B.-W., door als geldende aan te nemen eene overeenkomst, welker oorzaak noch uitgedrukt, noch bewezen is, nl. het convenant waarbij eenvoudig is overeengekomen dat de zich op den bouwhof „de Hagert" bevindende roerende goederen zouden verblijven onder den vorigen eigenaar, zonder dat blijkt onder welken titel dit zou plaats hebben, en door aan te nemen dat *constitutum possessorium* bestaat ook daar waar niet duidelijk en niet uitdrukkelijk blijkt uit welke oorzaak de vroegere bezitter in het vervolg enkel *detentor* zal zijn.

„De bewering, dat het convenant zou zijn eene overeenkomst *zonder oorzaak*, is een *novum* in cassatie en kan daarom niet opgaan, en het *middel* mist overigens ook zijn feitelijken grondslag, omdat het is in strijd met de reeds door mij medegedeelde uitlegging, die het Hof aan het convenant gegeven heeft, en die, als van feitelijken aard zijnde, in cassatie vaststaat.

„Het *derde middel* is: schending of verkeerde toepassing van de a. 721 B.-R. in verband met de a. 590, 1902 en 2014 B.-W., door te beslissen, dat de zich tijdens het namens de verw^sse gelegd revindicatoir beslag op den bouwhof „de Hagert" in het bezit van den eischer in cassatie bevindende

roerende goederen, het eigendom waren van de verw^sse in cassatie, omdat de verw^sse eigenares zou zijn geweest van dergelijke goederen, die twee jaren vóór dat beslag zich op den bouwhof bevonden, zoodat de eischer in cassatie verpligt zou zijn het tegendeel te bewijzen, en daardoor te miskennen den regel, dat de huurder geacht wordt voor zich zelf te bezitten, zoolang niet bewezen is, dat hij heeft aangevangen voor een ander te bezitten.

„De regtb. had uitgemaakt, dat was overgedragen eene algemeenheid van roerende zaken, en dat de vermelding der voorwerpen die werden overgedragen alleen diende om te doen uitkomen, dat het aangegeven getal door den eischer in cassatie zou moeten worden opgeleverd, al mogt hij, waartoe hij als voorloopig beheerder niet onbevoegd was verklaard, ook al een stuk vee tegen een ander hebben verwisseld. En het Hof sluit zich bij die opvatting aan, door de grief van den eischer tegen de uitlegging door de regtb. op dit punt aan het convenant gegeven, ongegrond te verklaren, en te beslissen, dat bij a. 2 van het convenant zijn overgedragen *al* de zich in of op de gebouwen of landerijen bevindende roerende goederen, en dat al de tijdens het beslag aldaar aanwezige roerende goederen geacht moeten worden door de nu verw^sse als eigenaresse te zijn bezeten, onverschillig of het dezelfde zijn die op 27 Junij 1881 zijn overgedragen, dan wel of ze later, in verwisseling van andere, naar den aard van het landbouwbedrijf, op de hoeve zijn gekomen. Wij staan dus ook hier weder voor eene bij het *middel* niet geheel juist weêrgegeven feitelijke beslissing, nl. de uitlegging van het convenant, waartegen in cassatie niet kan worden opgekomen. En wanneer het Hof daarbij voegt: „tenzij de app^t (de nu eischer) mogt aantoonen, „dat hij deze of gene der in beslag genomen goederen voor „zich zelven, uit eigen middelen had aangekocht," dan is dit niet eene omkeering van den bewijslast, en ook niet eene miskenning van het *en fait de meubles possession vaut titre*

(a. 2014 B.-W.) of van den regel, dat men geacht wordt voor zich zelven te bezitten, zoolang het niet bewezen is, dat men heeft aangevangen voor een ander te bezitten (a. 590 B.-W.), maar eene juiste toepassing van a. 1902 B.-W., waaruit voortvloeit, dat de eischer, die het op het convenant gegronde algemeene eigendomsregt van de verw^{sse} op alle zich op de hoeve bevindende roerende goederen *met een beroep op bepaalde feiten* betwistte, niet kon volstaan met die feiten tot tegenspraak van het regt der verw^{sse} *aan te voeren*, maar ze moest bewijzen, wat hij niet heeft gedaan, noch aangeboden te doen. De a. 590, 1902 en 2014 B.-W. zijn dus niet geschonden of verkeerd toegepast, en waar vaststaat, zooals *in casu*, dat de beslaglegger eigenaar is van het roerend goed, waarop onder den *detentor* revindicatoir beslag is gelegd, kan ook van verkeerde toepassing of schending van a. 721 B.-R. geen sprake zijn.

„Ik acht dus al de voorgestelde *middelen* onaannemelijk en concludeer mitsdien tot verwerping van het beroep, met veroordeeling van den eischer in de kosten."

ARREST. — De H.-R. d. Ned. — Op het beroep van, enz.;

„O., dat als *eerste middel* van cassatie is aangevoerd: schending of verkeerde toepassing der a. 596, 639 en 667 B.-W., door aan te nemen dat door den eischer in cassatie aan de verw^{sse} bezit is overgedragen van de zich op den onder Wijchen en Leur gelegen bouwhof „den Hagert" bevindende *roerende* goederen, door het als pachter of huurder van dat onroerend goed *enkel en alleen* vóór het verstrijken van den pacht of huurtijd ter beschikking van de verpachtster of verhuurdster stellen van dat onroerend goed, en door te beslissen dat het tusschen partijen gesloten convenant *niet alleen* den eischer in cassatie *van pachter in beheerder van dat onroerend goed veranderde, maar ook hem van eigenaar der zich op dat onroerend goed bevindende en hem toebehoorende roerende goederen tot beheerder en dus houder van die goederen maakte.*

„O. dat, volgens de 2e tot de 5e overw. van het bestreden arr., de nu eischer in cassatie in a. 2 van een convenant van 27 Junij 1881 door hem met de nu verwsse in cassatie gesloten, verklaard heeft aan G. H. v. D. W., als mondeling gemagtigde van de nu verwsse in eigendom over te dragen en te zijner beschikking op den bouwhof „den Hagert" te laten, zulks op rekening en in mindering van betaling van het door hem verschuldigd schadebedrag, *al* de zich op die hofstede en aanhoorigheden bevindende roerende goederen, en bij a. 3 van genoemd convenant zich te belasten met het voorloopig beheer en bestier van dien bouwhof met bijbehooren, en dat alzoo de bij a. 2 dier transactie bedoelde roerende goederen op datzelfde oogenblik in het bezit van de nu verwsse overgingen, door de gelijktijdig plaats hebbende veranderde hoedanigheid van den nu eischer als *pachter* der hoeve en *eigenaar* der roerende goederen in die van *beheerder*, namens de nu verwsse, waardoor het goed dat hij voor zich zelf bezat, door hem onmiddellijk daarna voor de nu verwsse werd bezeten en eene feitelijke levering dus niet meer noodig was;

„O. daaromtrent, dat voorzoover het hier betreft de uitlegging der tusschen partijen gesloten overeenkomst, zulks geen onderzoek in cassatie kan uitmaken; dat voorts door de in het bestreden arr. uit die overeenkomst gemaakte gevolgtrekking geen der in het *middel* aangehaalde a. is geschonden of verkeerd toegepast;

„O. toch, dat van eene schending of verkeerde toepassing van a. 639 B.-W., waarin enkel eene opsomming voorkomt van de verschillende wijze van eigendomsverkrijging, geen sprake kan zijn; dat wel in a. 667, al. 1, wordt gezegd, dat levering van roerende zaken geschiedt door enkele overgave door den eigenaar of in zijn naam verrigt, maar dat daaruit niet volgt dat er voor zoodanige levering altijd eene overgifte van hand tot hand zou worden vereischt; — dat integendeel uit al. 2, welke bepaling trouwens in deze niet toepasselijk is, blijkt,

dat er ook eigendomsovergang kan plaats hebben zonder feitelijke overgifte; dat daartoe voldoende is iedere handeling waardoor de zaak word gesteld onder de magt en in het bezit van den verkrijger, en dat zoodanige handeling aanwezig is, waar de eigenaar die de zaak overdraagt, verklaart haar voor den verkrijger, zijn lastgever, te zullen houden en beheeren; — dat eindelijk a. 596 volkomen juist is toegepast, omdat volgens die bepaling bezit ook wordt verkregen door een ander, die in onzen naam heeft aangevangen te bezitten, en de nu eischer ten gevolge der tusschen hem en de nu verw^{sse} gesloten overeenkomst onmiddellijk daarna heeft aangevangen voor haar als lasthebber te bezitten;

»O., dat alzoo het *eerste cassatie-middel* is ongegrond;

»O., dat als *tweede middel* van cassatie is voorgesteld: schending of verkeerde toepassing van de a. 590, 596, 1356, 4°, en 1371 B.-W., door als geldende aan te nemen eene overeenkomst, welker oorzaak noch uitgedrukt noch bewezen is, namelijk het convenant waarbij eenvoudig is overeengekomen dat de zich op den bouwhof »den Hagert" bevindende roerende goederen zouden verblijven onder den vorigen eigenaar, zonder dat blijkt onder welken titel dit zoude plaats hebben, en door aan te nemen dat *constitutum possessorium* bestaat ook daar, waar niet duidelijk en niet uitdrukkelijk blijkt uit welke oorzaak de vroegere bezitter in het vervolg enkel *detentor* zal zijn;

»O., dat deze bewering voor het eerst in cassatie wordt gevoerd en reeds daarom niet in aanmerking kan komen, en dat die bovendien haren feitelijken grondslag mist, omdat blijkens het bestreden arr. de overdragt en de ter beschikkingstelling der zich op den bouwhof bevindende goederen geschiedde op rekening en in mindering van betaling van een verschuldigd schadebedrag en de vorige eigenaar dier goederen zich belastte met het voorloopige beheer en bestier van den bouwhof met bijbehooren;

„O., dat alzoo ook het *tweede cassatie-middel* niet kan opgaan;

„O., dat als *derde middel* van cassatie is aangevoerd: schending of verkeerde toepassing van a. 721 B.-R., in verband met de a. 590, 1902 en 2014 B.-W., door te beslissen dat de zich tijdens het namens de verw^sse gelegd revindicatoir arrest op den bouwhof „den Hagert" in het bezit van den eischer in cassatie bevindende roerende goederen het eigendom waren van de verw^sse in cassatie, omdat de verw^sse eigenares zoude zijn geweest van dergelijke goederen, die 2 jaren vóór dat beslag zich op dien bouwhof bevonden, zoodat de eischer in cassatie verpligt zoude zijn het tegendeel te bewijzen, en daardoor te miskennen den regel, dat de houder geacht wordt voor zich zelf te bezitten, zoolang niet bewezen is dat hij heeft aangevangen voor een ander te bezitten;

„O. te dien aanzien, dat volgens de 12^e overw. van het bestreden arr. bij a. 2 van de transactie zijn overgedragen *al* de zich in of op de tot het pachtcontract behoorende gebouwen of landerijen bevindende roerende goederen, dat verder de nu eischer als *lasthebber* van de nu verw^sse op den bouwhof is gebleven, en dat al de tijdens het beslag daar aanwezige roerende goederen geacht moeten worden door de nu verw^sse als eigenares bezeten te zijn geweest, onverschillig of het dezelfde zijn die op 27 Junij 1881 zijn overgedragen dan wel of ze later in verwisseling van andere naar den aard van het landbouwersbedrijf op de hoeve zijn gekomen, alles tenzij de nu eischer mogt aantoonen dat hij deze of gene der in beslag genomen goederen *voor zich selven* uit eigen middelen had aangekocht;

„O., dat op de door het Hof gegeven uitlegging van de tusschen partijen gesloten overeenkomst in cassatie niet kan worden teruggekomen en dat door beslissing dat de nu eischer, zoo hij mogt willen beweren eigenaar te zijn van sommige der tijdens het gelegd beslag op den bouwhof aanwezige roerende goederen, daarvan het bewijs zou moeten leveren,

niet is gehandeld in strijd met den regel van a. 1902 B.-W., noch met den regel, dat de houder geacht wordt voor zich zelf te bezitten zoolang niet bewezen is, dat hij heeft aangevangen voor een ander te bezitten, omdat volgens de feitelijke beslissing van het bestreden arr. de nu eischer ten gevolge der gesloten overeenkomst niet was bezitter voor zich zelf van de roerende goederen, maar houder voor de nu verw^sen^;

"O., dat derhalve ook het *derde cassatie-middel* is ongegrond;

"Verwerpt het beroep en veroordeelt de eischer in de kosten in cassatie gevallen."

N° 1937. — Arrest van 13 Februarij 1885.

(Groninger Collatie-regt.)

Is het Groninger Collatie-regt, hetzij door of tengevolge van de Staats-omwenteling van 1795, *hetzij door a.* 24 *der Staatregeling van* 1798, *hetzij door eenige andere wets-bepaling afgeschaft?* — NEEN.

Jhr. G. A. v. M., vertegenwoordigd in deze door mr. A. P. T. EIJSSELL, advocaat bij den H.-R. der Ned., heeft zich in cassatie voorzien tegen een arrest van het Geregtshof te Leeuwarden, 31 Oct. 1883 tusschen hem en den kerkeraad der Herv. Gemeente te Usquert gewezen, en dezen bij dagvaarding doen aanzeggen de volgende gronden en *middelen* ten einde:

"A. de verw^s^ in cassatie hebben kunnen goedvinden om bij de toen bestaande vacature van de predikantsplaats bij de door hen vertegenwoordigde kerkelijke gemeente, aan den eischer aan te bieden een dubbeltal om daaruit een keuze van predikant te doen, in strijd met het regt van de door den eischer in cassatie eigendommelijk bezeten overstemmende collatie te Usquert, welke zij ook naar de kerkelijke reglementen hadden te eerbiedigen;

"A. dat den eischer aanleiding heeft gegeven om, gelijk

het aangevallen arr. onder verwijzing tot de feitelijke overwª van den eersten regter constateert, bij de regtb. te Groningen tegen hen te vorderen de erkenning van zijn regt tot vrije benoeming van een predikant te Usquert, krachtens voorschreven door hem bezeten collatie-regt, door zijne voorgangers telkens, bepaaldelijk tijdens de beide laatste vacaturen, bij geheel vrije keus in de benoeming van een predikant te Usquert uitgeoefend, zulks op de wijze als het vonnis der regtb. die vordering nader omschrijft;

„A. die vordering door de regtb. is toegewezen;

„A echter op het van dat vonnis ingesteld appèl het vonnis *a quo*, ofschoon het Hof als bewezen aanneemt, dat aan iedere stembevoegdheid, door den eischer gepretendeerd, de bij het Ommelander landregt gevorderde eigendom van 30 grazen behuisd land ten grondslag ligt en tevens dat des eischers regtsvoorgangers de pluraliteit van stemmen hebben verkregen, die eene overstemmende collatie te Usquert in het leven konde roepen, — door het beklaagde arr. is vernietigd en den eischer zijn eisch is ontzegd, met veroordeeling in de kosten;

„A. toch het Hof van oordeel is geweest dat den eischer niet het regt van vrije benoeming van een predikant te Usquert toekomt, maar slechts de bij a. 5 van het besluit van den Souvereinen Vorst van 26 Mrt. 1814, *St.* nº 46, omschreven electie uit een dubbeltal;

„A. het Hof, aldus oordeelende en beslissende, heeft geschonden en verkeerd toegepast:

„I. *a*) het Ommelander Landregt van 1601 of Landregt van Hunsingo, Fivelingo en het Westerkwartier, Boek III, a. 16; Boek IV, a. 1, 4 en 5 tot en met 10;

„*b*) het Regl. van Z. D. H. den Heere Prince van Orange en Nassau (zoogenaamd Regl. Reformatoir) van 27 Nov. 1749, a. 18 en 19;

„*c*) de Publicatie der Provisionele Representanten van het volk en Stad en Lande, dd. 26 Febr. 1795;

ud.) de Publicatie van het Comité-revolutionnair der Ommelanden, dd. 11 Apr. 1795;

ue) het Stamregl. voor de Hervormde gemeenten in de Ommelanden, volgens 's Hofs 16e overw. door de Representanten van Stad en Lande 13 Mei 1796 tot stand gebragt;

uf) de a. 19, 24, 25 en 40 der Grondregels of Algemeene Beginselen van Staatsregeling van 1798, en de a. 1 en 9 dier Staatsregeling (*in quantum pro* ook het Regl. van 30 Dec. 1795/7 Jan. 1796, volgens hetwelk eene Nationale vergadering zal worden bijeengeroepen en werkzaam zijn; het Decreet van 22 Jan. 1798 van de Constituerende Vergadering als representerende het Bataafsche Volk; a. 5 en 15 der Staatsregeling van 1801; a. 8 der Staatsregeling van 1805; a. 7 der Constitutie voor het Koningrijk Holland van 7 Aug. 1806 en a. 1 der Constitutionele wetten van 5 Junij bevorens en de Constitutie van 22 Frimaire, an VIII);

ug.) de Publicatiën en Proclamatiën van het Vertegenwoordigend Ligchaam, 18 Aug. 1796 en 11 Apr. 1800 afgekondigd, en de Publicatie van HH. HH. MM. 3 Junij 1806 gearresteerd en 9 Junij 1806 in de Bataafsche Staatscourant van dien dag, n° 75, afgekondigd, speciaal a. 6;

uh.) de besluiten van den Souvereinen vorst van 26 Mrt. 1814, *St.* n° 46; 28 Sept. 1814, *St.* n° 102, en 1 Febr. 1815, *St.* n° 10;

ui.) a. 164, 1 en 2 additionele a. der Grw. van 1815; a. 162, 1 en 2 additionele a. Grw. van 1840; a. 147, 1 en 3 additionele a. Grw. van 1848;

uk.) a. 625 B.-W., 1 en 3 O., 11 A.-B., voor zooveel noodig in verband met a. 544 en 545 *C.-N.* en a. 439 en 440 *Wetb. Nap.*, ingerigt voor het koningrijk Holland;

ul.) de volgende regln van de Nederl.Hervormde Kerk, als Alg. Regl., a. 24, voor zooveel noodig in verband met het Herzien Regl. op de uitoefening van het collatieregt in de voormalige Ommelanden, 4 Mei 1881 door het Prov. Kerkbestuur

van Groningen vastgesteld en 2 Aug. daaraanvolgende door de Synode goedgekeurd; Regl. op de vacaturen, dd. 11 Aug. 1856—20 Mei 1857, a. 58; en het Regl. op de beroeping van predikanten enz. van 25 Julij 1866—14 Dec. 1866;

„alles in onderling verband en zamenhang.

„II. A. 5 van het besluit van den Souvereinen Vorst van 26 Febr. 1814, in verband zoo met de daarop gevolgde sub I*k*. aangehaalde besluiten, als voor zooveel noodig ook met de bij datzelfde *middel* overigens aangehaalde wetten, verordeningen en teksten;

„Ad. I. Ofschoon door den omvang van de beschouwingen, die 's Hofs beklaagd dictum bepalen, dat *middel* bezwaarlijk in eene korte formule is zamen te vatten, laat het zich, *althans in hoofdzaak*, aldus omschrijven: dat het Hof de aangehaalde wetsbepalingen heeft miskend door te oordeelen dat, toen het souverein besluit van 26 Febr. 1814 in werking trad, des eischers overstemmende collatie, — die krachtens het Ommelander Landregt van 1601, alsmede het Regl.-Reformatoir van 1749 en de daaraan gegeven uitvoering zijn wettig eigendom was, — alreeds was teniet gegaan of vervallen, en niet dan door en op den voet van voormeld souverein besluit en overige daarmede verband houdende verordeningen is hersteld geworden.

„Het Hof beslist uitdrukkelijk, en te regt, dat de zoogenaamde staande collatiën in de Ommelanden, berustende op van de erfgronden *gesepareerde* stemmen (als hoedanig het regt van den eischer tevens wordt erkend bij het arr.) niet zijn en niet kunnen zijn afgeschaft door het Synodaal Reglement van 19 Dec. 1866 op de beroeping enz. van predikanten, integendeel bij a. 58 van het Kerkelijk Reglement op de vacaturen het regt van derden bij collatie en electie uitdrukkelijk is geëerbiedigd.

„Dat de Hervormde Kerk geen collatie-regt als dat van den eischer heeft kunnen afschaffen neemt het Hof daarom

aan, omdat dit regt is een voorwerp van privaat-eigendom.

„Op meer dan eene plaats verklaart het arr. dit zoo onbewimpeld, dat de eischer de qualificatie van publiek-regtelijke bevoegdheden in privaat-eigendommelijk bezit bij de zesde regts-overw. gebezigd, niet in hare zonderlingheid behoeft te ontleden, maar zich vergenoegen kan met de erkentenis ook in 't arr. van het feit, dat het toenmaals in de Ommelanden geldende civiel regt (Landregt van 1601) de onderwerpelijke stemmen uitdrukkelijk gerekend heeft onder de *in patrimonio* en *in commercio* zijnde voorwerpen van privaat-eigendom, en deze opneming onder de burgerlijke eigendommen is bevestigd door de a. 18 en 19 van het Groninger zoogenaamde Reglement Reformatoir van 27 Nov. 1749. Deze opvatting heeft bovendien den steun van 'sH.-R^s jurisprudentie.

„Maar volgens het Hof is „het stem- en collatie-regt in de Ommelanden vervallen door de omwenteling van 1795," of wel die omwenteling heeft het „afgeschaft," en het is eerst in 1814 door den Souvereinen Vorst „hersteld."

„*Salvâ reverentiâ* leert in dit opzigt het arr. groote dwalingen, en uit het betoog zelf (overw. 9—28 *juris*) voor die leer is het bewijs niet moeielijk te putten.

„Het Hof meent (overw. 20) zich niet te moeten verdiepen in de vraag, of de onderwerpelijke collatie-regten ook zijn getroffen door a. 24 der Staatsregeling van 1798, „omdat de *jura patronatûs* in de Ommelanden op den dag harer „afkondiging (reeds) niet meer bestonden," en wel tengevolge van handelingen der Provinciale Regering, die (overw. 9 en 10) tot op de afkondiging dier eerste algemeene Nederl. constitutie bevoegd tot zulks legifereren en dus *wettig* handelende was.

„In 't voorbijgaan zij opgemerkt, dat de zorgvuldigheid, waarmede het Hof zijne beslissing motiveert, bij die 20^e overw. te wenschen overlaat, omdat *in casu* (en ook naar 's Hofs eigen overw. op de eerste vraag) niet de rede behoort te zijn van het voortbestaan der *jura patronatûs* in het algemeen,

maar van die *gesepareerde* stemmen of collatiën, welke in den zuiversten zin des woords ten jare 1795 reeds lang *objecta juris privati*, onroerende goederen in burgerlijken eigendom geworden waren.

„Ook eischer zal zich niet *verdiepen* in de vraag van den invloed der a. 24 en 25 Grondregelen van 1798 op deze collatiën, doch om eene andere reden dan het Hof; om deze namelijk, dat het antwoord voor de hand ligt. Immers is het een vaststaand geschiedkundig feit, dat, terwijl het patronaatregt elders veelal van leenroerigen oorsprong was en een *heerlijk* regt is geweest, de aan „30 grazen behuisd land" verbonden *stembevoegdheden* in de Ommelanden en de van de erfgronden gesepareerde, langzamerhand tot privaat eigendommen geworden *stemmen* niets met *leen-* en *heerlijk* regt uit te staan hebben gehad. Zij werden dus door de aangehaalde a. niet getroffen en stonden daarentegen onder de hoede van a. 40 der Grondregelen, dat den eigendom waarborgde. *Afgeschaft* zijn ze dus door de Staatsregeling van 1798 niet, — integendeel — en evenmin zijn ze afgeschaft door latere constitutie.

„In 's Hofs systeem zal dus noodig zijn geschiedkundig bewijs van handelingen der provinciale regeermagten (binnen ieders bevoegden kring, overw. 10) tengevolge van welke tusschen 1795 en 1798 deze collatiën zouden zijn teniet gegaan.

„Als zoodanig doet het Hof gelden:

„*a.*) de verklaring der Provinciale Representanten van 't volk van Stad en Lande dd. 27 Febr. 1795, dat over de met de regten van den mensch en burger strijdig geachte materiën door den wil des volks nader zou worden gedisponeerd;

„*b.*) de bij Publicatie van het Comité-revolutionnair der Ommelanden dd. 11 Apr. 1795 uitgesproken meening dat de collatiën vervallen zijn;

„*c.*) de gevallen van schorsing van door collatoren gedane

predikantsbenoemingen, volgens 's Hofs 14° regtsoverw. voorkomende in de Handelingen der Provisionele Representanten;

ad.) de uitvaardiging door die *provisionele* volksvertegenwoordigers van een geheel *provisioneel* stemreglement dd. 13 Mei 1796, en steeds *provisioneel* verlengd, ook op het oogenblik dat de Staatsregeling van 1798 in werking trad.

„Dit bewijs is s. r. uitermate zwak.

„Ad *a.* Omtrent de collatiën bevat de publicatie niets. Zelfs omtrent hetgeen aldaar *nominatim* als strijdig met de grondregten wordt aangednid, bevat de Publicatie geene afschaffing, maar eene belofte van nadere regeling. Hare hoofdstrekking is dus dezelfde als van het derde additionele a. der Grw., waaronder wij leven. Althans de onderwerpelijke collatiën zijn nooit afgeschaft door die Publicatie, blijkens punt *c.* Immers indien de Representanten die reeds op 16 Febr. 1795 *afgeschaft* hadden, hoe konden zij in ieder speciaal geval de na hunne Publicatie ondernomen uitoefening van dat regt (overw. 14) bloot *schorsen?*

„Ad *b.* Tegen het vorenstaande kan natuurlijk de meening van een Comité-Revolutionnair niet prevaleren, en ook hier geldt de opmerking, dat het bloot *schorsen* der predikantsbenoemingen het pretens *verval* van 't benoemingsregt bepaald weerspreekt.

„Ad *c.* *Schorsing* is *eo ipso* een voorloopige maatregel daar waar men wel verandering van een bestaanden regtstoestand overweegt, misschien beoogt of wenscht, maar nog geenerlei zoodanige verandering heeft tot stand gebragt. Op de waarde overigens van de ter aangehaalde plaatse door het Hof ondernomen bewijsvoering komt de eischer hier beneden terug.

„Ad *d.* Op de schorsing is dan gevolgd eene even *voorloopige* maatregel. Aangenomen zelfs dat men het eens was om den bestaanden regtstoestand niet te bestendigen, over den nieuw te scheppen regtstoestand kon men het niet eens worden, en men nam dus zijn toevlugt tot een nieuw expedient. Men

besloot een reglement, waarover men het niet tot eene meerderheid brengen kon, toch in te voeren, maar voor den tijd van 6 maanden, en verlengde dien termijn een- en andermaal. Men behield zich niet bloot (gelijk 's Hofs 17n overw. luidt) *herziening* voor, als ware dit Regl. proefneming van passende nieuwe regeling, maar men was het er *a priori* over eens, dat het Reglement *niet* de nieuwe regeling was: de vraag hoe in de plaats van het hier en daar in zijne uitvoering geschorste collatie-regt de predikantsbenoeming in de Ommelanden zou geschieden, bleef ongeprejudicieerd, en het stemreglement kon (zooals a. 40 ook uitdrukkelijk zegt) ten hoogste dit effect hebben dat, waar ('s Hofs 18e overw.) dienovereenkomstig eene vacature werd vervuld, die vervulling moest worden geëerbiedigd.

„Het regt van collatie, geheel onaangetast daar, waar sedert de omwenteling, gelijk te Usquert, geen vacature aanleiding had gegeven tot zijne uitoefening, in die uitoefening geschorst op de plaatsen waar de collator gepoogd had een predikant te benoemen, — mogt precair geworden zijn in zijn regt van bestaan, omdat het zich *bedreigd* zag door Bataafschen hervormingsijver: in wezen was het altijd, toen, zooals 's Hofs 18e overw. zegt, de Souvereiniteit der provinciën onverwacht opging in de eene en ondeelbare republiek met hare Staatsregeling van 1798.

„'s Hofs eigen premissen laten ook logisch niet anders toe dan dezelfde conclusie, dat die Staatsregeling niet vond een *reeds afgeschaft* primair collatie-regt, maar eene bloot *provisionele* regeling, welke (evenals de voorloopige maatregel om hier en daar de uit het nog immer vigerende Landregt voortvloeijende bevoegdheden te schorsen in hare oefening) de eindbeslissing des wetgevers verbeidde. Zeer zeker had (hoe hard ook voor de eigenaren) die beslissing *kunnen* zijn vernietiging van het regt en verheffing der provisionele regeling — bloot expedient, gelijk de schorsing — tot eene *definitieve*, die volgens de

oude regtsbronnen *vervangende.* Maar voor zulk eene solutie ontbreekt in en buiten het arr. alle bewijs, en de straks aangehaalde a. der Staatsregeling geven eene andere aan. Voor alle regten — ook die van collatie — uit leen- of heerlijk regt, en niet hun oorsprong hebbende in een wederzijdsch, vrijwillig en wettig verdrag, was zij *vervallenverklaring*, voor alle andere regten was zij *sanctie.*

„Hier moet de eischer een oogenblik stilstaan om, overeenkomstig zijne reserve ad *c* in de *bijzonderheden* aan te wijzen, op hoe betrekkelijk lossen grond het Hof de bij zijne 19e regtsoverw. uitgesproken staatsregtelijke conclusie bouwt, niettegenstaande de achtbare rij van aanhalingen, vijf overwn vroeger ten beste gegeven.

„Die aanhalingen ontledend zal de H.-R. bevinden, dat van al die plaatsen slechts Hand. I, 124 en 130 te zamen vermelden ééne schorsing zonder meer; I, 315 jo II, 528 vermelden eene schorsing, gevolgd door herstel van den betrokken predikant; I, 328 jo III, 406 betreffen het geval te Ulrum, waarin de collateurs-benoeming ten slotte is gehandhaafd; II, 634 en 666 vermelden niets ter zake dienend; III, 697 constateert, dat de materie der Kerkgoederen (evenals volgens 's Hofs 15e overw., die der collatiën) in onbeslisten toestand verbleef, en al de overige citaten loopen over eene en dezelfde zaak welke, precies als het stemreglement, wegens verschil van gevoelen, niet tot eene eindbeslissing kwam: het verzoek nl. van de *primaria collatrix* van Lutkegast, dat de door haar gedane benoeming effect mogt sorteren, hetwelk de representanten der stad commissoriaal en die der Ommelanden ter zijde gelegd wilden hebben.

„Het Hof brengt het dus niet verder dan tot bewijs van één feit van schorsing, en, bij zijne 18e overw., van één feit (waarvan de beteekenis reeds boven tot zijne ware grenzen is teruggebragt) van toepassing van het Provisioneel stemregl. Maar zelfs al waren deze feiten veel menigvuldiger, wat zouden

ze nog bewijzen tegen het legio blijken dat het pretens reeds voor 1798 vervallen en eerst in 1814 herstelde primair collatie-regt lang vóór laatstgenoemd tijdstip *de meest ondubbelzinnige teekenen van leven gegeven heeft?*

„Sedert den aanvang dezer eeuw wemelt letterlijk het toenmalig officieel orgaan der Hervormde Kerk — „*de Boekzaal der geleerde wereld*" — van berigten uit de Ommelanden omtrent benoeming van een predikant door den collator der plaats gedaan; van de kerkelijk-making dier benoeming, en van de toelating der aldus benoemden tot de vergadering der Classes, provinciale Synode, enz. Dergelijke beroepen vindt men van 1801—1811 gedaan te Oterdum, Hellum, Meethuizen, Winsum, Weiwert, Kolham, Oosterwijtwerd, Aduard, den Andel, Bierum, Marssum en Solwert, Pieterburen en Wierhuizen, Niezijl, Jukwerd, Oostwold c. a., Losdorp, Garsthuizen (*Boekzaal* jaargang 1801, II, 392; 1804, I, 292, 483; 1805, I, 108, 325, 557, 669; II, 74; 1806, I, 622; 1807, I, 547; 1808, I, 93; II, 355, 727, 728; 1809, I, 430, 551, 553; II, 103, 242, 361, 363, 429, 487, 603, 661, 741; 1810, I, 117, 218, 328, 329, 545; II, 103, 363, 365, 601, 690; 1811, III, 634).

„Deze gedrukte officiele mededeelingen stemmen geheel overeen met de protocollen van beroepingen in de betrokken Classes, de protocollen der handelingen van die Classes en andere ongedrukte registers, waaruit de eischer o. a. bevestiging put van:

„het beroep dd. 15 Junij 1801 van Dr. Nicolaus Willemsen, van Oterdum door den collator aldaar D. G. Rengers;

„het beroep dd. 6 Dec. 1803 van Ds. Abraham Ledeboer naar Meethuijzen door den collator aldaar D. G. Rengers gedaan en 3 Jan. 1804 kerkelijk geapprobeerd;

„het beroep van Ds. F. Snethlage, naar den Andel door den primarius collator J. C. F. van In- en Kniphuizen op 19 Julij 1809, en de classikale goedkeuring daarvan op 29 Aug. daaraanvolgende;

„het beroep van Ds. P. IDEMA naar Oosterwijtwerd door den primarius collator D. G. RENGERS ter classikale vergadering van 21 Junij 1809 ingekomen;

„het beroep dd. 25 Sept. 1809, geheel als van ouds gedaan, van Ds. W. G. REDDINGIUS naar Bierum door den primarius collator H. J. VAN BOLHUIS en bij de classikale vergadering van 9 Oct. 1809 ingekomen;

„het beroep dd. 3 Oct. 1811 van Ds. WESTENDORP naar Losdorp door de erfgenamen van den collator D. G. RENGERS;

„het beroep dd. 11 Oct. 1811 van Ds. H. MOERTMAKER naar Garshuizen door den *unicus collator* F. A. GERLACIUS;

„het beroep dd. 22 Aug. 1809 van Ds. J. CANNEGIETER naar Solwert en Marssum door den *primarius collator* F. A. GERLACIUS;

„En menigmaal waren het niet alleen personen in regeringsbetrekking, geheel met den regtstoestand van na zoowel als voor 1795 vertrouwd, die het collatie-regt uitoefenden onder het oog van het bestuur, welks commissarissen-politiek de provinciale synoden (onwettig zamengesteld, indien die benoemingen onwettig waren!) bijwoonden, de regering zelve van Groningen oefende het collatie-regt uit. Ja, die collatie-regten werden zóózeer als regtens bestaande erkend, dat het openbaar gezag *medewerkte* tot de overdragt daarvan aan opvolgende eigenaars, nl. door inboeking, even als nu nog geschiedt krachtens resolutie van Gedep. Staten (men vergelijke de daartoe betrekkelijke, in de conclusie van het O.-M. bij de regtb. aangehaalde Publicatie der Staten van 11 Jan. 1815) in het Register van Heerlijkheden en Geregtigheden, vroeger ter Griffie van de Hooge Justitie-Kamer, later van 't Departementaal Geregtshof, thans ter Griffie van de provincie door haar bestuur gehouden. Zoo o. a. in het hier door haar behandelde tijdsgewricht voor de collatiën van Baflo-Rasquert, Niekerk en Vliedorp, Warfhuizen, den Andel enz.

„De evenvermelde historische feiten, door den eischer

bijgebragt, hebben voor zijn betoog nog eene andere waarde dan die van bloote destructie van 's Hofs gelijksoortige citaten. Zij bevestigen namelijk in positieve rigting zijne meening omtrent den invloed der Staatsregeling van 1798 op de lang van te voren *in patrimonio et commercio* zijnde, aan alle leenroerigheid vreemde Ommelander geseparéerde stemmen of collatiën.

„Die Staatsregeling heeft, stelt hij, veeleer gebragt sanctie aan het Ommelander collatie-regt (voor zoover althans het op geseparéerde stemmen berustte) en het provisorium omtrent dit bloot geschorste regt opgeheven, dan dat zij zou hebben gevonden reeds *vervallen* unieke of primaire collatiën en die afschaffing (verval) bevestigd. Welnu: dat slechts eene schorsing is ingetreden en dat het Stemreglement niets anders dan een provisorium („onverkort een ieders regt, hetwelk men daaromtrent zou kunnen voorbrengen" zegt dat reglement zelf in zijn 40ᵉ a.) heeft geschapen, blijkt afdoende uit de vele feiten van vernieuwde uitoefening, jaren lang vóór het besluit van 1814.

„Zelfs schroomt eischer niet te stellen, dat *alle* toestanden door de omwenteling van 1795 geschapen en aan de Staatsregeling van 1798 anterieur, een bloot provisioneel karakter dragen en dus ook daarom een eeuwenoud *juris privati* geworden regt als het zijne niet kan geacht worden definitief te zijn getroffen door hetgeen vóór de invoering dier Staatsregeling in stad en lande was gebeurd.

„Is alzoo het onderwerpelijk collatie-regt noch *voor*, noch *door* de Staatsregeling van 1798 afgeschaft, zeer zeker is zoodanige afschaffing *noch* in eenige latere constitutie of wet van het revolutie-tijdperk te vinden, *noch* in de Grondwetten van 1814 en later, *noch* in eenige onder de heerschappij dezer laatsten uitgevaardigde wet. Overeenkomstig de algemeene handhaving der eigendoms-regten, overeenkomstig het beginsel van transitoir-regt dat regten, onder vroegere wetgeving

verkregen, buiten den invloed blijven van latere wetgevingen tenzij deze eene uitdrukkelijke uitzondering op dien regel behelzen, overeenkomstig de grondwettige bepalingen als die van het 3e additionele a. der tegenwoordige Grw. in onze verschillende Staatsregelingen voorkomend, *is het dus in stand gebleven*, en thans nog even beslist in wezen, als het aan den vooravond der omwenteling van 1795 in wezen was. Ook *zonder* de herziening bij de Staatsregelingen van 1801 en van 1805 in uitzigt gesteld, dat de herstelling van het patronaat-regt bij Publicatie van 9 Junij 1806 of de souvereine beschikking van 26 Mrt. 1814 door WILLEM I genomen op „verzoeken van *eigenaren van voormalige heerlijkheden, ridderhofsteden en havezaten* om te worden hersteld in de regten en voordeelen daaraan oudtijds geaccrocheerd" bestaat het dus.

„Is dit waar, dan behoeft de eischer in cassatie bij zijn *eerste middel* zich ook niet in te laten met de door het Hof *sub* 5° behandelde vraag: of de predikant te Usquert gesubsidieerd wordt van den lande: want dan is het geheele besluit van 1814 vreemd aan zijn regt. Slechts in zoover het Hof ook aan dat besluit gronden tracht te ontleenen voor zijn stelsel, bestrijdt hij deze argumentatie met de opmerking, dat dit besluit door 's Hofs 26e overw. zoo onjuist mogelijk geïnterpreteerd en daarentegen bij de 36e overw. van het vonnis *a quo* uit het regte oogpunt beschouwd is.

„Nog wil het Hof daar ter plaatse twee adminiculerende argumenten doen gelden, maar s. r. met weinig vrucht. Dat eigenaren van primaire collatiën in de Ommelanden zich *heeren* zijn gaan noemen, heeft voorzeker hun collatie-regt, op gesepareerde stemmen berustend, niet van grondslag kunnen doen veranderen en er een *heerlijk*, aan actueel grondbezit verbonden regt van maken. Evenmin kunnen deze gesepareerde *in commercio et patrimonio* als zelfstandig eigendom geraakte stemmen zoodanige *heerlijke* regten zijn geworden, alleen omdat hare erkenning bij het toenmalige geschreven regt als *objecta juris*

privati voorkomt onder eene rubriek, melding makende behalve van *geregtigheden* (hetgeen ze waren) ook van heerlijkheden: eene uitdrukking trouwens, waaraan in de Ommelander regtsbronnen een geheel andere zin is te hechten dan in die der provinciën waar de Heerlijkheden van feudalen oorsprong inheemsch zijn.

„En dat een niet nader door het arr. aangeduid, maar stellig ondeskundig, spraakgebruik, hetwelk ook deze collatieregten zou hebben genoemd *heerlijke* regten, geenerlei gewigt heeft bij het onderzoek naar haren aard, behoeft geen opzettelijk betoog.

„Ad II. Dit *middel* draagt een subsidiair karakter, daar het wordt voorgesteld alleen in geval de H.-R. met het beklaagde arr. van oordeel mogt zijn, dat eischers overstemmende collatie tusschen 1795 en 1814 was teniet gegaan, en thans op het Souverein besluit van 1814 berust.

„Indien dan de eischer geen ander regt kan pretenderen dan hetgeen te ontleenen is aan voormeld Souverein besluit en de in verband daarmede uitgevaardigde verordeningen, dan nog heeft het Hof ten onregte verstaan dat dit regt is beperkt tot de electie uit een tweetal, hiertoe door den verwerenden Kerkeraad hem aan te bieden.

„Eischer grondt zijn *middel* van cassatie tegen deze beslissing niet op bestrijding van 's Hofs bij de 52ᵉ regtsoverw. gegeven uitspraak, dat de door den predikant, wegens Wijtwerd genoten *f* 20 is een „subsidie van de Landskasse," in voege als bij het aangehaald a. 5 van het Souverein besluit is bedoeld: want hij ziet geen kans bij den cassatie-regter de herziening van deze beslissing uit te lokken.

„De grond van zijn beklag is, dat s. r. het Hof dat a. 5 verkeerd heeft toegepast, omdat uit het slot er van volgt, dat ten aanzien van het collatie-regt alles is gebleven in den vorm zooals zulks te voren heeft plaats gehad.

„Dat aldaar onder „te voren" moet verstaan worden de

tijd anterieur aan de omwenteling van 1795, is buiten kijf. Dat toenmaals de aard van collatie was eene *overstemmende*, welker bevoegdheden niet door eene nominatie van gemeentewege beperkt waren, staat *in facto* vast. En nu heeft het Hof voorbijgezien dat a. 5 van het Souverein besluit onderscheidt *drie* gevallen, waarvan de beide eerste alleen op *unieke*, niet op overstemmende collatiën toepasselijk zijn. Het is ten behoeve van *unieke* collatoren („voormalige heeren" zegt het Besluit), dat *souverainement* gedecreteerd wordt *onbepaalde* toekenning van het benoemingsregt, als de predikant ter plaatse geen landstractement geniet, en *electie* uit een van gemeente- of kerkeraad herkomstig tweetal, wanneer aan de predikantsplaats eenige lands-subsidie is verbonden.

„Eene derde voorziening — geheel behoud van vroegere toestanden — wordt gedecreteerd daar, waar aan de voormalige heeren alleen competeerde òf het regt van goedkeuring òf „het regt van medestemmen." En nu lost de overstemmende (primaire) collatie, reeds blijkens haren naam, zich *reverâ*, zeker vóór 1795, in zoodanig regt van medestemmen op. Het Hof zelf overweegt, dat de onderwerpelijke collatie, als overstemmend, betreft eene bloot *relatieve* bevoegdheid tegenover anderen, die ook stemregt kunnen verdedigen, tevens *in facto* ten gunste des eischers uitmakend dat de tot overstemming noodige pluraliteit bij hem aanwezig is. Wel is waar worden in het Besluit van 1814 bij de omschrijving der drie gevallen de uitdrukkingen *unieke* en *primaire* collatie gemist, maar de zin van dit besluit ontvangt een niet te miskennen licht uit het Souverein Besluit van 1 Febr. 1815, *St.* n° 10, waarbij WILLEM I, krachtens zijn bij het besluit van 1814 gemaakt voorbehoud, terugkwam op het laatstgenoemde, voornamelijk om ook bij genot van landstractement, den collatoren alsnog vrije benoeming toe te staan. Deze nieuwe concessie moge sedert (bij besluit van 24 Jan. 1850, *St.* n° 2) zijn te niet gedaan, het besluit

blijft van beteekenis als feitelijk den zin van dat van 1814 verklarende. En waar in 1815 werd gedisponeerd op een verzoek ten gunste van „alle wettige eigenaars van het *volkomene* regt van collatie," en die dispositie luidde, dat „wettige collatoren, welke tot den jare 1795 het *volstrekte* collatieregt hebben gehad," voortaan dat regt zonder voorafgaande nominatie zouden uitoefenen, kan het besluit van 1814 niet wel anders verstaan worden dan bij de onderscheiding van bevoegdheden naar mate van 't genot van landstractement gerigt op de *unieke* collatoren. Bijgevolg bevat het slot van a. 5 het herstel van regten, aan van ouds *primaire collatoren* (als geen *volstrekt* collatie-regt hebbende), verdere medestemmenden en tot goedkeuring van beroep geregtigden verleend. Ten hunnen aanzien zou alles bij het oude blijven, en het staat *in facto* vast, dat daarin niet begrepen was de bevoegdheid van verw^s^ om de uitoefening van collatieregten te Usquert door het opmaken eener nominatie te beperken;

„— — op voorschreven en verder bij pleidooi te ontwikkelen gronden bij 's H.-R.'s op het onderwerpelijk beroep te wijzen arr., te hooren vernietigen het arr., 31 Oct. 1883 door het Geregtshof te Amsterdam tusschen partijen gewezen, en bij datzelfde arr. van den H.-R., doende wat het Hof had behooren te doen, te hooren bevestigen het vonnis der regtb. te Groningen, dd. 31 Mrt. 1882, waarvan de verw^s^ in cassatie hadden geappelleerd, zulks met veroordeeling van hen verw^s^ in de kosten van hooger beroep en cassatie."

Voor den Kerkeraad der Herv. Gemeente te Usquert, verw. in cassatie en incidenteel eischer, vertegenwoordigd door Mr. VLIELANDER HEIN, advocaat bij den H.-R., is de volgende conclusie genomen:

„Aan den eischer is ontzegd zijne vordering, om geregtigd te worden verklaard tot de vrije benoeming van een predikant te Usquert, en tot schadevergoeding wegens krenking van zijn regt door den Kerkeraad.

„Het arr. maakt uit, dat des eischers collatie-regt vóór 1814 was te niet gegaan en dat zijn vrij beroepsregt door het Souverein besluit niet is hersteld, want dat te Usquert de predikant wordt gesubsidieerd uit 's lands kas. Tegen dit laatste komt de eischer in cassatie niet op, maar hij beweert toch, bij zijn *tweede middel*, schending van a. 5 van het besluit omdat, zooals hij zegt, zijn regt van overstemmende collatie, slechts zou zijn geweest een regt van „meêstemmen" en derhalve door a. 5 *in fine* in zijn vroegere volheid zou zijn hersteld.

„Dit kan naauwelijks ernstig zijn gemeend. De eischer vraagt niet om meê te mogen stemmen over het beroep, maar hij eischt de geheele benoeming. En omtrent den aard van zijn regt stelde hij zelf bij zijn conclusie van appèl (pag. 2 en 6) op den voorgrond, dat *unique* of staande collatie en overstemmende of *primaire* collatie slechts in naam, niet in wezen verschilden.

„Het besluit van 1814 kan derhalve door de afwijzing onmogelijk zijn geschonden. Trouwens, al ware de eischer in 1814 volkomen in zijn beroepsregt hersteld, de later gevolgde wet van 1853 dekte de ontzegging, want die wet heeft noodzakelijk ook het in 1814 verleende collatie-regt als zoodanig, dat is als regt *tegenover* de Kerk opgelost. Doch hierover later.

„Eischers hoofdbetoog is neergelegd in zijn *eerste middel*. Dat *middel* steunt op de stelling, dat eischers regt in 1814 niet behoefde te worden hersteld, want dat het in 1814 nog gezond van leven was. En bij die stelling wordt herhaaldelijk op den voorgrond gesteld, dat het beweerde collatie-regt zou zijn, nu eens een eigendom, dan weer een eigendommelijk regt, en in elk geval een regt van louter privaat-regtelijken aard.

„Doch wat zou die privaat-regtelijke natuur den eischer helpen, aangenomen eens voor een oogenblik hare juistheid?

„Van eigendom te spreken is zeer oneigenlijk en kan slechts woordenspel wezen. Eischers vordering heeft met eigendom

niets te maken. Hij eischt geen eigendom en hij beweert geen eigendom. Hij beweert een regt tegenover een bepaalde tegenpartij, de kerkelijke gemeente van Usquert. En het regt dat hij beweert, steunende op gesepareerde stemmen, is van allen eigendom los, ja hij zelf komt er rond voor uit, dat, ware zijn beroepsregt nog aan eigendom verknocht, als van ouds, alle kans voor hem zou zijn verspeeld.

„Geen eigendom dus, doch een regt wordt beweerd tegen de verwerende gemeente. Doch wederom geen regt, dat *van* de gemeente zou zijn verkregen, maar een regt, dat regtstreeks en onmiddellijk tegen de gemeente ontleend wordt uit de wet. Een regt dus, dat zijn grond niet heeft in een met den gebondene aangeknoopten door de wet beschermden band, maar louter en uitsluitend in den wil des wetgevers. Zulk een regt echter duurt niet langer dan de wet die het verleent. Men denke bij voorbeeld aan de regten behandeld in a. 672 en volg. B.-W. Zij zijn gebonden aan het bestaan van het B.-W. en houden bij zijn afschaffing op van verdere toepassing te zijn, want zij vormen geen verkregen regten en worden dus door de transitoire beginselen niet gedekt. Zoo ook met eischers beweerd privaatregt. Ook dat ware een *ius merum ex lege.* En eischer bewere niet, dat zijn regt wèl onder de hoede der transitoire beginselen zou staan, omdat zijn gesepareerde stemmen „*justo titulo*" verkregen zouden zijn en omdat *op dien grond* het Landregt en de wet van 1749 zijn collatieregt vestigden, want die voorstelling is verkeerd en gaat uit van gemis aan juiste onderscheiding. Het „*justo titulo*" in de wet van 1749 raakt niet de natuur, doch alleen de overdragt van het regt, want het slaat niet op een titel afkomstig van de *Kerk*, maar op een verkrijg van den vroegeren beregtigde. De kooper der afgescheiden stem, werd, ondanks het verbod van afscheiding, toch, omdat hij er overigens eerlijk was aangekomen, behandeld als ware hij door overdragt van het goed en niet louter door overdragt van de stem aan het stemregt

gekomen. De *acte reformatoir* van 1749 ziet het onregelmatige van een gesepareerde overdragt door de vingers. De verkrijger behoudt tegenover de kerk het stemregt dat hem door den vorigen beregtigde, schoon onregelmatig, was overgedragen. Maar de natuur van het stemregt zelf wordt door de acte van 1749 niet veranderd. De bron van de verpligting der kerk, om zich door de stemgeregtigden den leeraar te zien aanwijzen, ligt evenmin in de overdragt van de gesepareerde stem als zij lag in de overdragt van het goed met de stem, doch uitsluitend in de wet die het stemregt verleende, zoodat het stemregt de wet niet vermag te overleven.

Slaagde dus de eischer al in het betoog van den burgerregtelijken aard van zijn collatie-regt, het zou slechts leiden tot de slotsom, dat zijn regt ware vervallen met het Landregt dat het verleend had.

»Buitendien, de zoo gewilde privaat-regtelijke natuur dekte het collatie-regt niet tegen de omwenteling van 1795. De eischer erkent dit zelf. Hij betwist aan de representanten van dien tijd geen bevoegdheid; hij beweert alléén, dat zijn collatie-regt door hen niet afgeschaft *is*, en hij komt op tegen de stelling van het arr., dat de constitutie van 1798 het oude collatie-regt reeds vervallen vond.

»De verw. kan zich hier grootendeels gedragen aan de duidelijke uiteenzetting van het arr. en aan het uitvoerig betoog in de conclusie van den Proc.-G.

»Immers, wat te zeggen van eischers belangrijk, doch niet aan het arr. maar aan de *Boekzaal* ontleend feitelijk betoog?

»Niet anders dan dat het doet zien, hoe onder een toegevende Kerk en onder invloedrijke Heeren, tusschen 1801 en 1814, onder een Regeering die herstel in uitzigt stelde, het regtens vervallen collatie-regt, feitelijk zijn leven voortsleepte. Want een regtens bestaan van het collatie-regt, kunnen die bladen der *Boekzaal* nooit bewijzen.

„En wat voert de eischer verder ter goedmaking van de beweerde schending der omwentelingsbesluiten aan?

„Hij beweert, dat van de Publicatie van 26 Febr. 1795 voor het collatieregt het effect niet was vernietiging, maar handhaving tot nadere regeling, op de wijze als in a. 3 der additionele a. van onze Grw. wordt bedoeld. Doch zoo gemoedelijk paste men de regten van den mensch en den burger niet toe, en de mannen van 1795 begrepen het anders, getuige de publicatie van het revolutionair comité, en getuige ook het door den Proc.-G. aangehaalde verhandelde in 1796 tusschen de Ommelanden en de stad. Ook de latere wetten en verordeningen gingen, gelijk door den Proc.-G. duidelijk is aangewezen, van de gedachte uit, dat het collatie-regt onder de revolutie was gevallen.

„Aangenomen echter, dat aan het beroepsregt die gemoedelijke „handhaving tot nadere regeling" ware ten deel gevallen, dan verviel toch het oude regt toen het regl. van 13 Mei 1796 in het leven trad.

„De eischer voelt zulks en tracht daarom de beteekenis dier regeling te verkleinen door te beweren, dat zij enkel diende voor occasioneel vacant komende plaatsen, en dat zelfs een ieders regt en dus ook het zijne door haar werd gelaten ongedeerd. Die voorstelling is echter onjuist. Het regl. is algemeen en onbeperkt in zijn toepassing en het „onverkort een ieders regt" slaat niet op de regten van collatoren, aan welker vervallen-verklaring men inderdaad niet twijfelde, maar op de ongepraejudicieerd gelaten vraag, wie later zou geoordeeld worden te zijn de tot regelen bevoegde magt: de stad, de Ommelanden, of ook welligt, zooals men het in de publicatie van 11 Apr. 1800 begreep, de Kerk zelve.

„Eindelijk mag ook hier wederom gevraagd: wat kunnen den eischer zijne stellingen baten?

„Zijn regt zal in 1795 zijn gehandhaafd, maar dan toch onder de uitdrukkelijke bedreiging van nadere regeling. Welnu,

is het dan niet vervallen door de provisionele regeling van 1796, dan is het immers getroffen door het besluit van den Souvereinen Vorst van 1814. Die regeling is algemeen zoowel voor het Noorden als voor het Zuiden, voor Groningen als voor Holland, en er bestaat, zooals hieronder zal worden aangewezen, tusschen het Groningsche en het Hollandsche collatie-regt ook geen zoodanig wezenlijk onderscheid, dat het Groningsche regt noodwendig van den gemeenen regel zou moeten doen uitsluiten.

„Tot dusverre is de verw. met den eischer meegegaan in de onderstelling, dat zijn regt zou zijn geweest een privaat-regt.

„Het Groningsche patronaat of collatie-regt zou zijn geweest van geheel bijzondere natuur. Was het in Holland een heerlijk regt en leenroerig, in Groningen was het eigendommelijk en had van heerlijk regt geen zweem. En speciaal het regt der geseparcerde stemmen, die immers verkocht en verhandeld werden, was in den zuiversten zin des woords een privaat-regt.

„Dit zijn de stellingen waaraân de eischer zich vastklemt, doch die hij niet betoogt en die hoegenaamd niet kunnen worden toegegeven.

„Ten einde verwarring te voorkomen, moet er al dadelijk op worden gewezen, dat *heerlijk* en *leenroerig*, *regaal* en *feodaal* geenszins hetzelfde begrip aanduiden. Regaal betreft den aard van het regt, feodaal den aard der overdragt en mitsdien van het bezit. Een land of een huis kan *feodaliter*, een regaal kan *allodialiter* worden bezeten. Huis en land werd in leen gegeven, heerlijke regten werden ook verkocht en verpand, ja zelfs door verjaring verkregen. Had het collatie- of patronaat-regt geen andere zwakke zijde gehad dan dat het feodaal werd bezeten, de Hollandsche collator ware door a. 25 der Constitutie van 1798 niet gedeerd, integendeel, hij ware van den leenband ontslagen geraakt en zijn bezit tot een allodiaal bezit verheven. Maar de zwakke kant van zijn regt stak dáárin, dat het was een bestuursregt of regaal tot aan-

stelling van kerkelijke ambtenaren en om die reden werd het getroffen door a. 24 der Staatsregeling, gesteld het ware als strijdig met de regten van den mensch en met de opheffing der Staatskerk niet reeds vervallen.

„Leenroerig of niet-leenroerig doet dus niets ter zake. De vraag is, of de *aard* van het regt zelf was een regaal regt, dat is een gezags- of bestuursregt, ook heerlijk regt geheeten, omdat het den Heer van den lande toekwam of geacht werd toe te komen en ter zijner begeving stond. En zulke regten, het behoeft niet herinnerd, komen onder democratische zoowel als onder feodale, ja onder alle regtstoestanden voor.

„Wat was dan het Groninger collatie-regt en wat is er van zijn exceptioneel karakter?

„De „grijze oudheid" kan aan hare plaats worden gelaten, zij geeft te weinig betrouwbare gegevens. Bekend is het echter, dat het benoemen van den leeraar, schoon een regt van de Kerk, door haar, uit dankbaarheid, werd opgedragen aan hem, die een Kerk stichtte, of begiftigde. Dat oudste patronaat regt berustte, ook al wil men bij den stichter voorbehoud of beding aannemen, op den vrijen wil der Kerk en hield met grondeigendom geen noodzakelijk verband, veelmin was het gebonden aan een zekere hoeveelheid grondbezit als van 30 grazen lands. Zulk een aan fundatie of dotatie ontleend regt moge nog hier of daar bewijsbaar zijn, het behoorde reeds voor eeuwen tot de uitzonderingen, en van zulk een regt is in dit proces dan ook de rede niet.

„Van lieverlede echter begonnen de magthebbenden de benoeming van den kerkleeraar aan zich te trekken en haar te beschouwen als een hun toekomend bestuursregt. Zoo beschouwden de Graven het benoemingsregt als een van hunne voornaamste regten, en kwam het van hen, in de steden, aan de Kerkeraden, voor wie de eigenberegtigde stad het door haar privilegien had erlangd, en op het platte land in de handen van de Heeren, die er mede

waren begiftigd of het zich aanmatigden. In het Noorden, waar op het land de regtstoestand democratisch of liever plutocratisch was, waren het de eigengeërfden die de magthebbenden waren, de eigengeërfden, die bij uitsluiting het bestel der zaken hadden van het Dorp, van de Grietenij, van den Dijk en van de Kerk, en die dan ook als zoodanig uitoefenden het kiezersregt. In de hand van den Groningschen eigengeërfde was dus het beroepsregt van dezelfde natuur als in de hand van den Hollandschen heer. Zoowel bij den een als bij den ander was het ten gevolge van den eigenaardigen politieken toestand geworden een bestuursregt, heerlijk regt of regaal. Het stemregt was geen eigendom, maar de eigendom qualificeerde den bezitter tot stembevoegde. „Eigen weêr maakt een Heer," was de regel, en die regel verstond onder den Heer, niet den rijkaard of den man van aanzienlijken huize, maar den tot het Bestuur der gemeene zaak geregtigde.

„Nog sterker trok de overheid het Bestuur der Kerk en daarmede de benoeming van den leeraar aan zich, toen, na de hervorming, de Kerk was geworden Staatskerk of, zooals men het uitdrukte, van onder het kruis was gekomen onder de overheid. En zoo ziet men dan ook in het Ommelander landregt, wat volstrekt niet, gelijk de eischer beweert, uitsluitend civiel-regt bevat, door den Souverein, de Staten van Stad en Lande, die de grondbezitters waren, het patronaat-regt aan de eigengeërfden door uitdrukkelijke bevestiging op nieuw toegekend.

„Dat landregt, het laat omtrent de natuur van het patronaat-regt naauwlijks twijfel over en bevestigt geheel wat daaromtrent hierboven werd gezegd.

„Het wordt behandeld onder de geregtigheden en Heerlijkheden van den eersten titel van het 4e Boek, en die geregtigheden zijn, anders dan de in den tweeden titel in a. 11 en volgende behandelde burgerlijke regten, ware Heerlijkheden, want zij zijn bestuursregten. Het regt om den regter,

den grietman, den overregter, den buurregter, den sijlregter en den dijkregter te benoemen of de bevoegdheid om die rigterstoelen te bezetten, zal toch wel niemand voor een privaat-regt houden en met die regten wordt het patronaat-regt, en teregt, uitdrukkelijk gesteld op ééne lijn

„Merkwaardig genoeg durft dan ook de eischer de publiekregtelijke natuur van het beroepsregt der eigengeërfden niet betwisten, maar schrijft toch aan het van het erf gesepareerde stemregt een privaat-regtelijk karakter toe.

„Eerder liet zich voor het omgekeerde aanleiding vinden. Waar het landbezit het stemregt medebrengt, is men bij den eersten opslag geneigd, het stemregt voor een civiel-regtelijk gevolg van den eigendom te nemen. Doch hoe men het stemregt, van den eigendom gescheiden en op zich zelf staand, voor een privaat-regt kan aanzien, is alleen te begrijpen als men het misverstand vat.

„De eischer doet het voorkomen, als werd van het gesepareerde stemregt de natuur gewijzigd en bepaald door de plaats gehad hebbende cessie of overdragt. Doch, gelijk hierboven reeds is aangetoond, dit is een dwaling.

„De scheiding was in beginsel verboden. En met reden verboden, want met den regel, „eigen weêr maakt een Heer," stond en viel de regering der eigengeërfden. Liet men de afscheiding der stemmen toe, de regtsorde werd van democratisch aristocratisch. Toch liep het ook in het Noorden daarheen. Onverschilligheid voor de publieke zaak bij de massa der eigengeërfden en zucht naar grooteren invloed bij de aanzienlijksten onder hen reikten elkaar waarschijnlijk de hand en gaven aanleiding tot het misbruik van stemmenvervreemding en afscheiding. Voor de aanzienlijken een middel om feitelijk de regering in handen te krijgen, werd het misbruik door de reeds van zijn democratisch karakter ontaarde maatschappij slechts ten halve gekeerd. En toen eindelijk in 1749 de afscheiding voor goed werd verboden, liet men de invloed-

rijke verkrijgers, die zich ook bij uitnemendheid *de Heeren* noemden (wat anders alle eigengeërfden waren) in het bezit hunner gekochte stemmen, omdat zij die, zooals het heette, hoewel *contra legem* toch overigens eerlijk hadden gekocht en betaald.

„Hun regt was dus het oude, een publiek stemregt, bij den bezitter gelaten en erkend, niettegenstaande het was verkregen op een wijze die met wettelijke beginselen niet strookte. Er is geen enkele aannemelijke inwendige of uitwendige reden, die de stelling wettigt, dat het stemregt, doordat het was gesepareerd van den eigendom, van een publiek regt zou zijn geworden een privaat-regt, onafhankelijk voortaan van de wisselingen van het Staatsregt.

„Het is onjuist, gelijk de eischer beweert, dat door den Wetgever van 1749 voor het sedert verloopen tijdperk op het stemregt de stempel werd gedrukt van een volkomen verhandelbaar regt. Integendeel, de handhaving der plaats gehad hebbende afscheidingen geschiedde louter om redenen van convenientie. En bovendien, wie zal beweren, dat, onder de oude regtsorde, het feit, dat een regt werd vervreemd en verhandeld, de publiek-regtelijke natuur van het regt buiten sloot? Of verkochten de Graven en de Staten de jurisdictie niet, en het aanstellen van beambten, en het regt om belasting te heffen en zoovele andere bestuursregten meer?

„Het kan den eischer voor zijn beweerd privaat-regt daarom ook niets helpen, dat hij er op wijst, dat het regt van overstemmende collatie een niet te versmaden bron van geldelijk voordeel voor zijn bezitter was. Immers die eigenschap was ook in Holland en overal een der bekende redenen waarom vroeger de bestuursbevoegdheden zoo gaarne werden begeerd en zoo duur werden betaald.

„Bovendien alle tegenspraak schijnt toch inderdaad te moeten wijken voor de eenvoudige opmerking, dat èn het verbod van afscheiding èn de handhaving der plaats gehad

hebbende afscheidingen bij de wet van 1749 betrekking heeft, niet alleen op het *jus patronatus*, maar op al de den eigengeërfden toekomende *jura fundo inhaerentia* in den aanvang van het vierde boek genoemd. Want de eischer zal toch wel de bewering niet aandurven, dat het regt om grietman of den dijkstoel te kiezen of te wezen, politiek regt zoolang het aan den grond vast zat, door de in 1749 gehandhaafde stemmenafscheiding was geworden „een *objectum juris privati* in den zuiversten zin des woords," ongedeerd door de Constitutie van 1798, die de regten uit „een wederzijds vrijwillig en wettig verdrag" niet raakte, maar juist den „eigendom" tegen alle aanranding behoedde!

„Neen, de Groninger *ci-devant* eigengeërfde, die langs den weg der stemmen-separatie de meerderheid van stemmen in dorps-, dijk- en kerkezaken had verworven, nam dezelfde plaats in als de Hollandsche Heer. Hij beschikte over de jurisdictie, over den dijk en over den preekstoel.

„Dat volgt uit den aard der zaak, maar is ook met ronde woorden te lezen in a. 18 der Acte Reformatoir van 1749, die het afkeurt, dat door „dat middel" vele „*staande jurisdictien* en collatien zijn opgerigt". Tegen de primitieve instelling in dreigde de Staatsorde zoodoende geheel een aristocratische te worden en wanneer het Hof er op wijst, dat de overstemmers zich *Heeren* noemden, dan is dat dus geen speelsch argument, dat uit menschelijke ijdelheid een regtswapen smeedt, want de Heeren-titel was geen versiering maar waarheid, hij paste op den Groninger stemmenkooper precies even goed als op den Hollandschen jurisdictie- en collatieverkrijger.

„Wel degelijk derhalve werd dus het Groninger collatie-regt, had het den vernietigenden intogt van de regten van den mensch al mogen overleven, getroffen door a. 24 der Constitutie van 1798, want het was, ook in Groningen, een publiek en dus heerlijk regt tot aanstelling van kerkelijke ambtenaren.

„Trouwens het collatie-regt kon noch kan, in Groningen zoo min als in Holland, de scheiding van Kerk en Staat overleven.

„Bemagtigd tegenover de Kerk door de wereldsche overheid nog sterker tot zich getrokken toen de Kerk als Staatskerk van onder het kruis was geraakt onder de landsoverheid, en als zoodanig, als overheidsregt, door den Souverein van den Lande bij speciale of bij generale beschikking, bij privilegie of bij landregt, toegekend aan derden, dat regt moest noodzakelijk verdwijnen met den grondslag waarop het steunde.

„En dat geschiedde ook. De Publicatie van het Uitvoerend Bewind der Bataafsche Republiek van 11 Apr. 1800 door het arr. in zijn overw^n^ teregt betrokken maar door den eischer voorbijgegaan, verkondigt: „dat het vertegenwoordigend lig-„chaam bij decreet van 8 Apr. had verklaard, dat de keuze „van kerkelijke ambtenaren overeenkomstig den geest der acte „van staatsregeling ter dispositie van ieder kerkgenootschap in „den zijnen is en wordt overgelaten.”

„De Souverein WILLEM I, die de Kerk weêr meer aan banden legde, kon uit de volheid zijner magt, in 1814 de Kerk weer onderwerpen aan het collatie-regt, dat hij herschiep, maar de niet minder magtige wetgever van 1853 hergaf aan de Kerk haar volkomen bestuursvrijheid en vernietigde daarmede het collatie-regt van 1814 op dezelfde wijs als de emancipatie van een halve eeuw te voren het collatie-regt destijds had te niet gedaan.

„Na 1853 moge de Kerk, zooals het arr. zegt dat de Synode doet, de in 1853 bestaande regten van collatoren erkennen, die erkenning kan slechts een kerkelijk statutaire verhouding in het leven roepen, die langs kerkelijken doch niet langs den wereldlijken weg gehandhaafd kan worden.

„Na 1853 mag men den regter, gelijk *in casu*, door schadevergoeding te vragen, kunstmatig competent maken om over de krenking van een collatie-regt te zitten, regtens kan die

competentie slechts leiden tot afwijzing der actie, want door schending of krenking van kerkelijke bevoegdheden wordt geen vermogensschade geleden, en voor zulke krenking kan dus de civiele regter, nu a. 8 van het besluit van 1814 op de verhouding niet meer toepasselijk is, geen schadevergoeding toewijzen.

„Het beroep in cassatie schijnt dus, van welke zijde ook bezien, ongegrond.

„Moest intusschen de H.-R. anders oordeelen, dan is er dubbel reden, om wèl na te gaan, of de gesepareerde stemmen die de eischer beweert, beantwoorden aan den stelligen eisch, waaronder alleen de separatie was toegelaten, dat elke afgescheiden stem correspondeerde met het bezit van minstens 30 grazen behuisd land.

„Tegen de beslissing van het arr., dat aan den verw. het vergen van dat bewijs ontzegt, wordt incidenteel aangevoerd als *middel* van cassatie: schending en verkeerde toepassing van de a. 18 en 19 van het Regl. van Zijne Doorluchtige Hoogheid den PRINS VAN ORANJE-NASSAU, van 27 Nov. 1749, van de a. 1, 5, 7 en 8 van het 4e Boek van het Landregt van Hunsingo Fyvelingo en het Westerquartier van 31 Oct. 1601 en van a. 1902 B.-W., omdat volgens het Regl. van 1749 de registratie der Heerlijkheden en geregtigdheden slechts de strekking had om de aanspraken en beweringen der respectieve regthebbenden te kennen en om scheiding in strijd met a. 18 van het Regl. voor 't vervolg te voorkomen, doch geenszins om te worden gehouden voor een wettelijken en onwrikbaren titel ten behoeve van den geregistreerde, en omdat mitsdien, met welken loffelijken ijver de Hooge Justitiekamer in dezen ook moge zijn te werk gegaan, 's Hofs maatregelen en resolutiën toch aan de registratie geen hooger dan haar wettelijk karakter konden geven en speciaal niet konden uitwerken, dat hij, die, of wiens auteur, destijds de registratie niet had betwist nu ook voor goed het regt had verloren,

om van den geregistreerden collator het bewijs te vragen, dat zijn stemmen correspondeerden met het wettelijk vereischte aantal grazen behuisd land, een bevoegdheid, die het Hof mitsdien in zijn 32° overw. ten onregte aan den verw. ontzegt.

„Op deze gronden wordt voor den verw. geconcludeerd tot verwerping van het principaal beroep en subsidiair tot vernietiging van het arr. op het incidenteel beroep met renvooi. Kosten regtens."

Op het incidenteel beroep in cassatie werd van wege den eischer en incidenteel verw. (vertegenwoordigd door den adv. Mr. A. P. T. Eyssell), de volgende contra-conclusie genomen:

„Van het door den oorspronkelijken verw. (die ter voorkoming van verwarring ook in deze conclusie verw. zal genoemd blijven) subsidiair voorgestelde incidentele *cassatie-middel* is de spil schending der a. 18 en 19 Regl. Reformatoir. Met het vonnis van den eersten regter meent hij, dat geenszins door de bij a. 19 voorgeschreven „opgaaf" aan de hoogste regterlijke magt van Stad en Lande het regt der geseparéerde stemmen onwrikbaar werd vastgesteld en de registratie het bestaan van het regt tegen ieder bewees, evenals hij met dat vonnis als *ratio legis* aanneemt voorzorg, dat overeenkomstig a. 18 in het vervolg geen geregtigden zouden worden afgezonderd of afgescheurd van de erfgronden, waartoe zij behooren: waartoe, zegt het vonnis, eene bloote opgaaf voldoende was.

„Dat het Hof (Hooge Justitie-Kamer) vrij wat meer heeft gevorderd dan eene bloote *opgaaf*, blijkt intusschen uit de feitelijke beslissingen van het bestreden arr.

„Nu geeft eischer aanstonds toe, dat 's Hofs maatregelen en resolutiën ten dezen aanzien aan de registratie geen hooger dan haar wettelijk, d. i. door het Regl. van den op dat oogenblik met souverein en grondwetgevend gezag bekleeden Prins gewild, karakter konden geven.

„Maar dat Regl. heeft werkelijk iets meer gewild (en het

Hof, in die verder strekkende rigting arbeidend, heeft dus den wil des wetgevers *niet* voorbijgestreefd) dan het minimum van wat het bij a. 18 veroordeeld en voor het vervolg verboden „afscheuren van geregtigheden" kon voorkomen.

„Aan het Hof werd bij de „reformatie" opgedragen het nemen der noodige maatregelen om, door het aanleggen en *in originali* bewaren van naauwkeurige klauwboeken en registers, tot stand te brengen een rigtsnoer voor het toekomende, om te weten getal en hoedanigheden der geregtigheden en de bezitters daarvan, om hieromtrent zooveel mogelijk de onzekerheid daarvan te doen ophouden en deze zaak op onwrikbare gronden te stellen. Dat rigtsnoer voor de toekomst, die opheffing van onzekerheid, die onwrikbare grondslagen konden toch kwalijk, gelijk het *cassatie-middel* wil, door eene bloote *opgaaf* van aanspraken en beweringen *der belanghebbenden zelf* worden verkregen.

„Neen: die vastigheid voor de toekomst zou verkregen worden door klauwboeken en registers van het publiek gezag emanerend, welke voor goed alle geregtigheden zouden constateren, zoodat eenerzijds een waarborg werd geschapen tegen hetgeen a. 18 veroordeelde, aan den anderen kant ook voor de geregtigheden een titel ontstond, hen ontslaande van het (nu nog door verw. verlangd) bewijs, dat de grondslag van dertig grazen behuisd land aanwezig was.

„Daarom werd de hoogste regtsmagt in Stad en Lande belast met het tot stand brengen en *in originali* bewaren van die oorkonden, en aan het Hof (dat voor die zaak dubbel geschikt was door de administratieve en uitvoerende bevoegdheden nevens de judiciële bij dit collegie berustend) geheel de vrije hand gelaten omtrent de wijs, waarop de klauwboeken en registers zouden worden tot stand gebragt. Dus was er, toen, volgens de beslissingen van het arr., de Justitie-Kamer deed juist datgeen wat aan den regter *a quo* niet gebleken is en dezen weerhouden heeft om de registratie als voldoend

bewijs aan te merken, — de aankomstbrieven waarderen en *daarover uitspraak doen*, de wederpartij gehoord, — volkomen *overeenstemming* tusschen het doel van haar mandaat en de *middelen* welke zij tot vervulling er van te werk stelde. *De Justitie-Kamer* heeft het niet gelaten bij bloote opgaaf van aanspraken, maar allen, die belang zouden hebben bij de niet-admissie, in de gelegenheid gesteld om kennis van die pretentiën te nemen; de regter heeft zich de bewijsstukken ter examinatie laten voorleggen, hij heeft zittingen gehouden om bij verschil partijen te hooren en haar òf tot eenstemmigheid te brengen òf naar de gewone teregtzitting te verwijzen, en ten slotte aan haar allen een eindtermijn gesteld om van de gelegenheid tot contradictoir debat gebruik te maken, en anders de zaak te zien afdoen, — dat wil zeggen: over de registratie der geregtigheden beslissen, — volgens 's Hofs zelfstandige bevinding aangaande het aanwezig bewijs van regt. Het „weeten" van de geregtigheden, volgens a. 19, werd dus geen bloot *bekend* zijn, maar een *erkennen* van de bestaande, door middel van inschrijving in openbare registers, als rigtsnoer bewijskrachtig ten aanzien van een iegelijk; waar het gesepareerde, door de werking van a. 18 voor vermeerdering niet meer vatbare, geregtigheden gold bewijskrachtig *inzonderheid voor den grondslag van elke geregistreerde stem in dertig grazen behuisd land.* Het regtsgevolg van het Regl. Reformatoir en van de ter uitvoering van zijn voorschrift genomen maatregelen is dus werkelijk, dat verw. nu *niet* meer mag betwisten of het bewijs vorderen dat de in de registratieboeken opgenomen collatiën van den eischer corresponderen met zoodanig landbezit. A. 1902 B.-W. is dus met juistheid toegepast en het gedaan beroep op eenige a. van het Ommelander Landregt kan het *middel* niet redden. Immers emaneerde het Regl. Reformatoir van het toenmalig Souverein gezag, bevoegd om het vroegere regt te wijzigen, en op het stuk der gesepareerde stemmen heeft de Prins zulks werkelijk gedaan, door voor het vervolg

te verbieden de afscheuring die, mits op uitgedrukte voorwaarden, door het Landregt toegelaten was.

„Op deze gronden wordt door den eischer, incidenteel verw., op dit subsidiair beroep geconcludeerd tot verwerping, kosten regtens."

In deze zaak heeft de Proc.-G. Mr. RÖMER de volgende conclusie genomen:

„Wanneer de H.-R. de verschillende stukken van dit geding, voor zooverre zij op op het cassatie-proces betrekkelijk zijn, zal hebben doorgelezen, dan zal hij het zeker billijken, dat ik niet al de punten, die daarbij zijn behandeld, breedvoerig bespreke. Het arr. *a quo* bevat 56 overwⁿ *in jure;* de dagvaarding in cassatie wijst een groot aantal wetten en publicatiën aan als daarbij geschonden en verkeerd toegepast, en het uitvoerig verslag van den verw. stelt nog een incidenteel *middel* van cassatie voor en brengt nog eene beschouwing ter sprake, waaromtrent het arr. geene beslissing bevat.

„Daarenboven zijn er vier gewigtige stukken die een naauwkeurig onderzoek vorderen, nl.: de conclusie van den heer O.-v.-J. en het vonnis der regtb. waarbij de eischer in cassatie in het gelijk is gesteld, en de conclusie van den heer Proc.-G. en het arr., waarbij zijne vordering is ontzegd.

„Bij zoo geheel verschillende regtsbeschouwingen is het duidelijk dat van beide zijden gewigtige gronden en argumenten aangevoerd kunnen worden, dat het moeijelijk is over de regtsvraag een nieuw licht te verspreiden, en dat het 't meest doelmatig is, beknopt die gronden op te geven, welke tot de keus tusschen beide stelsels hebben geleid.

„En inderdaad de regtsvraag, welke door den H.-R. moet worden beslist, is m. i. wel moeijelijk, maar niet omslagtig. Het geldt m. i. de vraag of bij het Regl. Reformatoir van 1749 de zoogenaamde *staande collatiën* zijn geworden voorwerpen van privaat-regtelijk eigendom en of deze door de omwenteling van 1795 zijn getroffen.

„Ik stel mij voor de korte behandeling van *drie* vragen: *vooreerst*, welke is de aard van het door den eischer in cassatie gevorderd regt van collatie; *ten andere*, welken invloed heeft de omwenteling van het jaar 1795 op dat regt uitgeoefend; en *ten derde*, heeft het Souverein besluit van 1814, *St.* n° 46, iets met dat regt te maken.

„Bij het onderzoek van de *eerste* vraag zal in aanmerking komen het Ommelander Landregt van het jaar 1601 met het Regl. Reformatoir van 27 Nov. 1749 onder *a* en *b* van het *eerste middel* van cassatie als geschonden en verkeerd toegepast opgegeven; bij de *tweede* vraag moeten behandeld worden de publicatiën van 26 Febr. 1795, van 11 Apr. 1795, het stemregl. voor de Hervormde gemeente van 13 Mei 1796; de a. 19, 24, 25, 40 van de algemeene beginselen der Staatsregeling van 1798, met a. 1 en 9 en met de regl^{n} van 30 Dec. 1795 en Jan. 1796; het decreet van 22 Jan. 1798; de a. 5 en 15 der Staatsregeling van 1801; a. 8 der Staatsregeling van 1805; a. 7 der Constitutie van 1806; a. 1 der Constitutionele wetten van 5 Junij 1806; de Constitutie van 22 Frimaire an VIII, de Publicatie van 18 Aug. 1796, en 11 Apr. 1800; de Publicatie van 5 Junij 1806 speciaal a. 6, terwijl eindelijk bij de *derde* vraag in aanmerking komen de als geschonden en verkeerd toegepast opgegeven Besluiten van 26 Mrt. en 28 Sept. 1814; 1 Febr. 1815; de a. 164, 1 en 2 additioneel der Grw. van 1815, met de corresponderende a. der Grw^{n} van 1840 en 1848, met a. 625 B.-W. in verband met de wet op den O. en a. 11 A.-B., met eenige a. uit den *Code* en uit het *Wetb. Nap.* voor het Koninkrijk Holland; a. 24 van het Regl. van de Ned. Herv. Kerk, in verband met het Herziene Regl. op het collatieregt van 4 Mei 1881 en nog eenige regl^{n} op de vacatures en het beroep van predikanten, alles in onderling verband en in verband met a. 5 van het besluit van 1814.

„Het geschil betreft het collatie-regt zooals dit in vroegere

eeuwen door den eischer en zijne auteuren is uitgeoefend. En nu moet ik er al aanstonds op wijzen dat het collatie-regt en het *jus Patronatus ecclesiae* niet met elkander moeten worden verward. Dit is reeds aangewezen in de conclusie van den Proc.-G. en behalve de schrijvers, daarbij aangehaald, kan ik verwijzen naar Böhmer *Jus eccles. Protest.* Tom. III, Lib. III, Tit. 38; hij toont aan hoe in de geschiedenis van het *jus patronatus* diverse tijdstippen moeten worden onderscheiden; het was een *dominium directum*, hetwelk overeenkomstig de *lex fundationis* op de erfgenamen overging; het was *reale* en *personale*, *bonis seu praediis inhaerens* et ita *cum aliis ad quemvis successorem transiens;* het kon *sensim* niet worden verkocht, en omvatte verscheidene regten en verpligtingen, zie § 106 en 109 en *passim.* Het bevatte ook het regt tot benoeming van den geestelijke; en in den titel *de electione et electionis potestate*, bij Böhmer, Tom. I, Lib. I, titel IV, wordt gezegd, in § 4, *ubi jus patronatus viget plebi tale votum* (namelijk *negativum*) *competit; quod tamen ut plurimum inane est, quia rarissime ejusmodi praegnantes causae adduci possunt ob quas repellendus sit praesentatus.* Deze laatste titel is vooral zeer belangrijk; hij onderzoekt daar hoe de keus van den geestelijke geschiedde waar geen *patronus* was; en dan vestig ik de aandacht van den Raad op § 15. Hij zegt dat in Oost-Friesland de keus is gegeven aan de *honoratiores*, *eodem fere quo tempore Justiniani modo* (verg. § 6); hij beroept zich op acten van het jaar 1599, a. 22; er mogt voortaan aan geene gemeente, *Pastoren*, *Kircher- und Schuldiener* worden opgedrongen; maar de *oudsten* en *voornaamsten* waren bevoegd om de opengevallen plaats te vervullen. Nu was er twijfel gerezen wie tot de *oudsten* en *voornaamsten* der gemeente moesten geacht worden te behooren, en toen is in het jaar 1662 a. 22 voornoemd aldus uitgelegd, dat door het woord *oudsten* de *ouderlingen* en *kerkenvoogden* der kerken verstaan werden; onder het woord *voornaamsten* werden begrepen *Edel-*

luiden en andere eigengeërfden, die in de *Merschlanden* twintig *grassen ofte Doempten* (*) *ende daerover, alsmede in de gast- oder Haitlanden, einen vollen ofte halven Heerd Landes besitten*; *mede dejenigen die duysend Ryckedaalders* in bonis *hebben*.

„Het was dus eene stembevoegdheid, verbonden aan stand en bezit; deze werd geschorst indien de collator professie van de Roomsche Godsdienst maakte, waardoor echter het regt zelf niet verloren ging, maar inmiddels door den Drost werd uitgeoefend; verg. BOELES, t. a. p. bl. 128. Ook HUBER, *Hedend. Regtsgel.* I, Boek X, n° 50 en 51, noemt de verkiezing door de *stemdragende Edelen* en *eygengeërfden* een gansch *polityk* werk.

„En nu overweegt het Hof *in substantie* in de 3°, 4°, 5° en 8° overw., dat deze toekwam aan den eigenaar van de heerd; dat echter reeds vóór de invoering van het Landregt in 1601 het gebruik was ontstaan om de stemmen van het landbezit af te scheiden; dat dit misbruik door het Landregt onder zekere voorwaarden is gesanctionneerd, en dat deze stemmen, welke in den handel waren gebragt, regten waren van *gemengden* aard, die eensdeels afhingen van de bepalingen op de uitoefening van het stemregt alsof zij niet waren afgescheiden en *anderdeels* in het privaat-regt een vasteren bodem hadden verkregen. De eischer betwist de juistheid dier beslissing, en beweert, dat de afgescheiden stemmen als zuivere *privaat-regten* werden beschouwd. Ik geloof dat 's Hofs beslissing juist is. Ik acht het onnoodig breedvoerig te betoogen, dat volgens vroegere regtsbegrippen geene juiste onderscheiding tusschen *publiek-* en *privaat-regt* werd gemaakt. Ook in het Ommelander Landregt wordt die juiste onderscheiding gemist. In Boek IV, n° 1, wordt onder „*Gerechtigheyden ende Heerlyckheden*" gebragt, het „*jus patronatus*, dat zijn *stemmen van Pastorijen*

(*) Over de waarde der Grazen, zie Mr. W. B. S. BOELES, *Het Stemregt* enz., bl. 74.

enz." *Geregtigheyden* zijn de *Regtstoelen*, n° 2; de *Zyl-regten* en *Dykregt*, n° 3; zij zijn *haar regter natuyr*, annex of anhengigh aan zekere erfgronden, als een *Land*, *Huys* ende *Hofstede*, en worden daarmede overgedragen; volgens n° 8 zijn er ook *Geregtigheden* aan *personen* aenhengigh gemaakt, en bij universele overdragt worden deze, evenals alle andere goederen, overgedragen.

„De afgescheiden of *staande* stemmen hadden dus hetzelfde karakter als diegene, welke met den grond verbonden waren gebleven.

„Bij a. 18 van het Regl. Reformatoir van 1749 wordt dit gebruik in de Ommelanden volkomen afgekeurd; men heeft zich meester gemaakt van *geregtigheden* en *heerlijkheden* en die in eigendom geacquireerd *zonder* de heerden of landen, waartoe zij behoorden; op die wijze zijn *collatiën* opgerigt, even als *jurisdictiën*, *schipperijen*, *zijl- en dijkregten*, geheel tegen de *regte natuur* van ouds in gebruik geweest zijnde.

„Onder verwijzing nu naar a. 8 van het Ommelander landregt, overweegt a. 19, dat niet volkomen aan den bestaanden toestand kan worden geremedieerd, zonder werkelijke confusie en nadeele van hen die de *geregtigheden justo titulo* hebben gekregen; de *status quo* wordt daarom gehandhaafd en al de geregtigheden, hetzij *met* of *zonder* eenige goederen bezeten wordende, behoorlijk geregistreerd, met verbod van verdere afscheiding. Het *justo titulo* verkregen *stemregt* bleef dus gehandhaafd, evenals de *jurisdictie* en het *dijkregt*; het bleef op zich zelf *eene zaak in den handel*, maar de aard van het *stemregt* of der bevoegdheid tot *regtspraak*, veranderde daardoor niet; deze bleef m. i. publiek-regtelijk, en het publiek gezag kon daaromtrent eene andere regeling maken. Dit bedoelt het arrest met de beslissing dat die regten van *gemengden* aard waren; en daardoor is m. i. noch het Ommelander landregt noch het Reglement van 1749 verkeerd toegepast.

„Ik moet echter wijzen op het arr. van 19 Jan. 1865 (*N. Rspr.* LXXIX, 61; v. d. Hon., *B.-R.* XXIX, 226),

waarbij is beslist dat het *stemregt* in Groningen als een voorwerp van *eigendom in privaat-regtelijken zin* moet worden beschouwd.

»Maar ook de regten tot het aanstellen van ambtenaren, schouten, schoolmeesters en dergelijken waren *titulo oneroso* verkregen en het blijft dus de meest belangrijke vraag in dit geding: welken invloed de omwenteling van 1765 op die regten heeft uitgeoefend. In de 24e overw. zegt het arr., dat gaaf kan worden toegestemd, dat de representanten door het vernietigen der besproken collatiën, ook private eigendommen hebben getroffen; maar dat dit te wijten is aan de vroegere miskenning van de ware regtsbeginselen bij het scheiden der stemmen van het grondbezit.

»Het is naar mijne beschouwing slechts de vraag: welke regten door de omwenteling van 1795 zijn getroffen, omdat, welk regt ook voor de eigenaren uit de registratie van 1749 moge zijn voortgevloeid, toch de aard van het *stemregt* van beiden m. i. niet is veranderd.

»En nu heeft de groote omwenteling van 1795 al die regten, welke een privaat-regtelijk karakter hadden verkregen en als bronnen van inkomsten werden gebezigd, beschouwd als in strijd met de burger-maatschappij, diensvolgens als onvervreembaar, en in strijd met de regten van den mensch en van den burger. De H.-R. heeft zelf meermalen beslist, dat het *collatie-regt* in 1795 *met der daad* is afgeschaft, evenzoo de heer GREGORY in zijne conclusie, waarbij ook het *jus patronatus ecclesiae*, hetwelk o. a. het regt tot benoeming van den schoolmeester bevatte, ter sprake is gekomen. In de toen behandelde zaak werd het regt gevraagd door den eischer als *unicus collator*, en niet als heer van eene heerlijkheid. Op den oorsprong of aard van het collatie-regt is toen geen bijzonder acht gegeven. Zie arr. van 20 Apr. 1849 en 3 Mei 1850 (V. D. HON, *G. Z.* VIII, 423, 430 en X, 234; *N. Rspr.* XXXII, 351; XXXV, 257).

„Die afschaffing nu of vervallen-verklaring van het collatie-regt is door het Hof op grond van onderscheiden publicatiën, decreten en dergelijken, welker inhoud kort in het arr. wordt opgegeven, breedvoerig gemotiveerd en in de 21e overw. wordt overwogen, dat uit de staatsregtelijke geschiedenis zonneklaar blijkt, dat de aan het bovenvermelde Landregt ontleende regten van collatiën reeds in 1798 waren vervallen.

„Nu zijn die stukken, waarvan de schending en verkeerde toepassing bij het *cassatie-middel* wordt beweerd, eigenlijk als wetten of wettelijke verordeningen niet toegepast. Bij geene toch van die publicatiën is het collatie-regt *nominatim* afgeschaft; het is geschied *met de daad;* die afschaffing en vervallen-verklaring werd verondersteld te zijn geschied. In de *Handelingen*, het IVe deel, bl. 126, wordt dit uitdrukkelijk gezegd: *de regters* waren nog gecontinueerd, maar de representanten hadden het regt om ze aan te stellen; bij het Regl. voor de stad was geene verandering gemaakt in het Ommelander landregt, noch daarbij de oudere regten ten gevolge van hetzelve aan de eigenaars der erfgronden opgedragen, vervallen verklaard, *hetwelk reeds bevorens was geschied.* Er is beschikt over den *schoolmeester*, zonder melding te maken van het vervallenverklaren der zoogenaamde *jura patronatus*, op eene gelijke wijze als de overige geregtigheden aan de erfgronden verbonden, en, naar het Ommelander Landregt, aan bijzondere personen *in eigendom toebehoorende*, welker afschaffing dus mede door die van de Stad teregt wordt verondersteld *reeds te zijn voorafgegaan.* Ik zal al de stukken niet afzonderlijk bespreken, maar slechts op enkele wijzen.

„Bij de Publicatie van 26 Febr. 1795 is bepaald, dat over de met de regten van den mensch en burger strijdig geachte reglementen en ordonnantiën o. a. op *dijkregten*, *jagt* en *visscherij*, en *wat meer van dien aard is*, nader zou worden beschikt.

„Ik geloof met het arr., dat die publicatie wijst op de

geregtigheden, waarvan in a. 1, boek IV van het Landregt sprake is. In de Publicatie van het Comité-revolutionnair van 11 Apr. 1795, in de 15ᵉ overw. van het arr. aangehaald, worden de *collatiën* uitdrukkelijk als *vervallen* met de overige regten genoemd, omdat zij strijdig zijn met de beginselen der omwenteling; en teregt merkt de heer Proc.-G. op, dat er geene reden denkbaar is, waarom het *collatie-regt* zou zijn gehandhaafd, terwijl andere regten werden afgeschaft. In Friesland, waar het regt tot stemming van predikanten ook zamenhing met het grondbezit en toekwam aan *floreenpligtigen*, is het in 1795 gesurcheerd, en in 1797 afgeschaft en gegeven aan de manshoofden der huisgezinnen. Het regt om de geestelijken voor de gemeenten te kiezen, was ook vroeger geen *jus gratum*, ik wees hierboven reeds op Böhmer, *de elect.* En al is nu de publicatie van April 1795 afkomstig van een Comité-révolutionnair, zoo moet niet uit het oog worden verloren, dat de publicatie niet afschaft, maar de afschaffing constateert, en dat hetzelfde comité kort te voren in Groningen de Oude Regering had afgeschaft (vervolg op Wagenaar, D. 28, bl. 384). De gevolgtrekkingen uit het stemreglement in de 18ᵉ en volg. overwⁿ door het Hof afgeleid, zijn m. i. juist; maar zeker kan dat regl. nooit behooren tot die wettelijke verordeningen welke als verkeerd toegepast grond geven tot cassatie. Dat nu requesten door collatoren ingediend, ten fine van rapport zijn toegezonden aan de gecommitteerden tot algemeen redres, en zijn gesurcheerd en gedeponeerd, levert m. i. geen bewijs op, dat het collatie-regt in stand was gehouden. De Raad zie de *Handelingen* I, 124, 130, 131, 315; II, 599; III, 148; VI, 328, welke allen loopen over de jaren 1795 en 1796.

»Wat betreft de a. van de Staatsregeling van 1798 bij het *middel* aangehaald, zoo komen vooral de a. 24 en 40 in aanmerking, maar laatstgemeld a. bedoelt m. i. niet zoodanige geregtigheden welke wel *in bonis* waren, maar toch niet tot

de eigenlijk gezegde privaat-regten behoorden. Het collatie-regt kan dus niet begrepen zijn onder den *eigendom* in a. 40 bedoeld: eigenlijk gezegd *gezag* was aan dat regt ook niet verbonden, zoodat ook a. 24 ten deze niet kan geschonden zijn, en volgens de 22e cons. van het arr. heeft het Hof het onnoodig geoordeeld om te onderzoeken of het collatie-regt door dat a. is getroffen, omdat het toen reeds met de daad was afgeschaft, en bij de Staatsregeling niet werd hersteld.

„Bij die beschouwing vervalt dan ook de waarde van het betoog van den predikant J Boeles, *Collatieregt en Landstractement*, op bl. 39 volgg., dat de Constitutie van 1798 het *collatie-regt* niet heeft afgeschaft.

„Nu leidt de eischer echter uit de omstandigheid, dat het collatie-regt later steeds is uitgeoefend, af, dat alles wat omtrent dit regt tusschen de jaren 1795 en 1798 heeft plaats gehad, slechts een provisioneel karakter had; hij beroept zich daartoe op de Publicatie van 1795, en op het Regl. van 1796, volgens welke over die Geregtigheden nader zou worden beschikt; en op de latere Staatsregelingen, Constitutie en Grondwetten, alsmede op de Overgangswet en op de bepalingen van het B.-R. over het eigendomsregt, ten bewijze dat in de omwenteling de regten, onder vroegere maatschappelijke regtstoestanden als privaat-regten verkregen, slechts *geschorst*, maar niet *afgeschaft* zijn. Het komt mij voor, dat de afschaffing dier regten vaststaat, maar dat over de regeling later is gehandeld. Men begreep reeds spoedig, zooals ook de heer Gregory opmerkt, dat door de afschaffing eene onbillijkheid was gepleegd, en het uitzigt werd geopend, zoo al niet op herstel der regten zelve, althans op eene behoorlijke schadeloosstelling aan de eigenaren. Bij het arr. wordt teregt in de 23e overw. betoogd, dat bij de Publicatie van 11 Apr. 1800 is gezegd, dat de keus van kerkelijke ambtenaren, overeenkomstig den *geest* der Staatsregeling, *is* en wordt overgelaten ter dispositie van ieder kerkgenootschap De ambachtsheeren en dergelijke vroegere bezitters dier regten zaten

niet stil, maar dienden memoriën in aan het Staatsbewind, om, zoo al niet de herstelling der regten, dan toch eene billijke schadevergoeding te bekomen. In die adressen werd er steeds op gewezen dat die regten *titulo oneroso* waren verkregen en aangetoond, dat vele dier regten, *of* uit haren aard, *of*, zooals in de Ommelanden en in Friesland, wegens de Staatsgesteldheid, niet van feudalen aard waren. Door den Raad van Binnenlandsche Zaken der Bataafsche Republiek is op 11 Apr. 1804 een uitvoerig verslag aan het Staatsbewind ingediend; dat verslag werpt een licht op datgeen wat betrekkelijk die regten bij de omwenteling is geschied. Volgens hare dagteekening zijn daarin vermeld de Departementale advysen, en daarin vind ik het navolgende: Het advies van het Departementale Bestuur van Groningen was ingekomen 20 Sept. 1803; dat stuk bevatte eene uitgewerkte *oudheid-* en *geschiedkundige* verhandeling over den oorsprong, den voormaligen en tegenwoordigen staat der *ambachtsheerlijkheden* in dat Departement, en de daaraan verknochte regten, en daarbij werd o. a. betoogd: 1° dat de ambachtsheerlijkheden in dat gewest niet zijn geweest uitvloeisel van het *Leenregt*, maar wijziging van het van ouds gevigeerd hebbend en beschreven *Landregt;* of, vooral ten aanzien der ambachtsheerlijkheid der Stad Groningen, ontstaan uit willige opdragt der landzaten, als gevolgen van gepresteerde diensten en door opgevolgde giften of tractaten bevestigd; en 2° dat de ambachtsheerlijkheden in dit gewest waren wezenlijke bezittingen, *titulo justo* en *oneroso* verkregen, hebbende *in commercio* eene reëele geldswaarde, ten aanzien van sommigen door den *Souverein* zelven indertijd verkocht, te dien effecte, dat de penningen daaruit geprovenieerd, in 's lands schatkist zijn gestort. Die verschillende adviezen worden in het verslag besproken, en aangetoond, dat die Heerlijke regten in 1795 werden beschouwd als van zelve vervallen; en dat de Publicatiën en Resolutiën van dien tijd, strekkende tot afschaffing derzelve, van de algemeenheid

van dat gevoelen getuigenis dragen. En nu zeggen de verslaggevers betrekkelijk het departementaal advies van Groningen, dat het met de voormalige *Heerlijkheden* in de Groninger Ommelanden anders is gelegen als elders, „doch dat de oor„sprong van deze is gebouwd op misbruik en afwijking van „het aloude *Landregt*, door het stemregt af te scheiden van den „eigendom der gronden, waaraan hetzelve oorspronkelijk ver„knocht was, en constitutioneel verknocht moest blijven; „waarom dan ook bij het Regl. reformatoir van 1748 (1749?), „dit misbruik voor het vervolg is tegengegaan en verboden; „een oorsprong derhalve van Heerlijkheden en Heerlijke regten, „die althans niet als een voorbeeld van wettigheid kan worden „geallegueerd, en waartegen de Landsregeringen in der tijd „hadden behooren te waken.”

„Hieronder is m. i. het *jus patronatus ecclesiae* in Groningen, en dan ook dat der *staande collatiën* begrepen. In andere advysen, b. v. in dat van het Departementaal Bestuur van Utrecht, wordt het uitdrukkelijk genoemd en aangetoond, dat er geene redenen zijn waarom althans dit regt voor zooveel de benoeming van den *predikant* betreft, niet aan de Ambachtsheeren zou kunnen verblijven. En nu behandelt het verslag sub 1e E, het *jus patronatus ecclesiae*, voor zooveel de benoeming der *predikanten* betrof, omdat, voor zooveel de *schoolonderwijzers* aangaat, dit door eene *landwet*, begrepen in de *Publicatie* van 29 Julij 1803, volkomen was getermineerd. Wat nu dit regt betreft, erkennen de verslaggevers dat het niets gemeen heeft met de gronden eener representatieve volksregering, en dus in den rang der *herstelbare* en alleen *door afkoop* vernietigbare regten kon worden gesteld; dat op verscheidene plaatsen de keus van predikanten niet beter aan den kerkeraad der gemeente dan aan een ambachtsheer of *unicus collator* is toebetrouwd; maar zij begrijpen aan den anderen kant o. a. „dat eene *wet* bestaat, begrepen in de *Publicatie* van 11 Apr. „1800, waarbij aan de kerkelijke gemeenten de beschikking

„hunner eigen zaken als een regt wordt toegekend" en „dat „de exercitie van dit Heerlijk Regt bij onderscheiden gemeenten „zoo groote zwarigheid en billijken tegenstand zou ontmoeten, „dat het raadzaam ware de daaruit te voorziene verwarringen „te praevenieren." Zij meenen: „de *voortdurende* afschaffing van „dit Regt, *als Heerlijk regt beschouwd*, te kunnen en te mogen „aanraden, vooral omdat niemand daarbij eenig pecunieel „nadeel kan lijden, vermits althans tegen het koopen of ver„koopen van het predik-ambt, door den zoogenoemden Eed „van *Simonie*, behoorlijk is voorzien." Dit verslag is, met eene memorie van wege een groot getal geïnteresseerden bij de Stichtsche Heerlijkheden te Utrecht in het jaar 1805 gedrukt; en was *geparapheerd:* VAN DER PALM; en, ter ordonnancie van den Raad, geteekend: WENCKEBACH.

„Ik geloof uit dit een en ander te mogen afleiden, dat bij de arr^n van den Raad hierboven vermeld, teregt is aangenomen, dat het collatie-regt in 1795 *met de daad* is afgeschaft, en dan heeft ook het arr. door dit ten opzigte der *staande collatiën* aan te nemen, noch a. 40 der Staatsregeling van 1798, noch de latere constitutiën, grondwetten en burgerlijke wetboeken geschonden. Eenmaal toch *afgeschaft*, of wil men liever, *geschorst* of *gesurcheerd*, konden de heerlijke regten niet herleven zonder door de bevoegde magt te worden hersteld; en deze beschouwing brengt mij als van zelf tot het onderzoek van het *tweede* en geheel *subsidiair* bij dagvaarding voorgesteld *middel* van cassatie, nl. in welk verband het Souverein Besluit van 1814 staat tot het onderwerpelijk geschil? Volgens den eischer in cassatie is daarbij het zoogenaamd *staande collatieregt* niet hersteld, omdat dit nooit is afgeschaft.

„Het arr. overweegt, dat het Besluit van 1814 is algemeen en ook toepasselijk op de collatiën in de Ommelanden, omdat ook deze volgens het Regl. Reformatoir worden gerekend tot de *geregtigheden*. Zoo is het ook begrepen bij het besluit van 11 Aug. 1819, *St.* n° 43, waarbij de *staande collatiën*

worden gerekend tot het *collatie-regt* bedoeld in het besluit van 28 Sept. 1814, *St.* n° 102. Overigens is de vraag niet nieuw, en reeds vroeger bij de regterlijke magt ter sprake gebragt. Zij is m. i. juist beslist bij een vonnis der regtb. te Assen, dd. 27 Junij 1859; *Regtsgel. Bijbl.* 1859, D. IX, p. 562.

„De regtb. overweegt dat de wetgevende magt bij genoemd besluit *alle* collatie-regten heeft op het oog gehad, ze als *heerlijke regten* heeft beschouwd en *als zoodanig* hersteld, en hunne uitvoering voor het vervolg geregeld. Ook de heer Gregory bij zijne conclusie, en de H.-R. bij arr. van 20 Apr. 1849 nemen de herstelling van *het* collatie-regt in 1814 zonder eenige onderscheiding aan. Het besluit spreekt dan ook van de *voormalige eigenaren* van het regt, van de *geregtigden* en *de Heeren*, zie ook Coninck Liefsting, *Bezitregt*, bl. 381. De geachte raadsman van den eischer in cassatie beweerde echter dat op het gepretendeerde collatie-regt toepasselijk zou zijn de slotbepaling van a. 5 van het Besluit, omdat het hier geldt een regt van *medestemming* in het beroep van den predikant, en dit regt dus *in den vorm*, waarin het *te voren* is uitgeoefend, is hersteld. De eischer heeft echter gevorderd de geheele benoeming, en bij den *judex facti* heeft dan ook de quaestie over het *landssubsidie*, hetwelk aan den predikant zou worden uitbetaald, een uitvoerig punt van debat uitgemaakt.

„Die quaestie is nieuw, en bij het arr. niet behandeld; en de *overstemmende* collatie, schijnt dan ook van die, welke aan den *unicus collator* toekwam, niet te verschillen.

„Bij een vonnis der regtb. te Appingedam, *Weekbl.* n° 2087, werd de eischer gezegd voor $^4/_6$ geregtigd te zijn tot de staande of *unique* collatie.

„Ik geloof hiermede de punten, die ter beslissing in aanmerking moeten komen, zoo beknopt mogelijk te hebben behandeld. Mogt de H.-R. van oordeel zijn, dat de *middelen* van cassatie niet gegrond zijn, dan is een onderzoek van het

incidenteel middel van cassatie overbodig. Daarbij beweert de verw.: schending en verkeerde toepassing van de a. 18 en 19 van het Regl. Reformatoir in verband met de a. 1, 5, 7 en 8 van het 4e Boek van het Landregt van 1701, en met a. 1902 B.-W. De grond van het *middel* is deze, dat ten onregte aan den verw. is ontzegd het regt om van den eischer het bewijs te vragen, dat zijne stemmen correspondeerden met het wettelijk aantal grazen door het Landregt tot de stembevoegdheid gevorderd. Het *middel* betreft de bewijskracht der in a. 19 van het Regl. Reformatoir bevolen registratie; en berust op het arr. van 8 Dec. 1843 (v. D. HON., *G.-Z.* II, p. 351); over de kracht dier registratie is in de conclusie van den heer VAN MAANEN uitvoerig gehandeld.

„Uit later overgelegde stukken, welke in die procedure niet bekend waren geworden, heeft echter het Hof in de 34e en 35e overwn afgeleid, dat de gepretendeerde collatiën door den hoogsten regter destijds, niet dan na gelegenheid tot *contradictie*, in het Register zijn gebragt, en dit mitsdien nog heden voor een rigtsnoer verstrekt „om het getal en hoedanigheid van die geregtigheden te weten." De gevolgtrekking uit de overgelegde stukken is m. i. feitelijk, en dan kan door de beslissing in de 36e overw., dat door de productie van een extract uit die registers voldoende de staande collatie is bewezen, ook a. 1902 B.-W. niet zijn geschonden.

„Bij het slot der conclusie van antwoord wordt de voorziening in cassatie nog uit een ander oogpunt bestreden. De verw. beweert, dat het *collatie-regt* de scheiding van Kerk en Staat, in 1853 gemaakt, niet kan overleven; dat de gevraagde schadevergoeding dus den regter niet kunstmatig competent kan maken om over de krenking van een collatie-regt te oordeelen. Die vraag is geheel nieuw in cassatie en het arr. bevat daaromtrent geene beslissing. Ik vind slechts in de 10e overw. *quoad jus*, na de beslissing omtrent den gemengden aard der *staande* collatiën als wortelend in het privaat-regt,

dat deze door de kerkelijke wetgeving niet konden opgeheven worden, en dat dit ook niet is bedoeld. En ik houd die beslissing voor juist. Bij de min naauwkeurige afscheiding van publiek- en privaatregt onder den vroegeren regtstoestand, waren publiek-regtelijke bevoegdheden gekomen *in bonis*, en geworden zaken in *commercio*. Door de resolutie zonder eenige schadevergoeding afgeschaft en vervallen verklaard, zijn zij in het jaar 1814 op eene wettige wijze hersteld. Het collatie-regt is, als zoodanig, aan de eigenaren onbepaald toegekend gebleven, en de scheiding van Kerk en Staat heeft dus dit regt niet opgeheven. De bewering in de conclusie van antwoord: „dat „de Souverein in 1814 de Kerk weder onderwierp aan het „collatie-regt, maar de niet minder magtige wetgever van 1853 „aan de Kerk hare volkomen bestuursvrijheid hergaf, en *daar„mede* het collatie-regt van 1814 op dezelfde wijs vernietigde „als de emancipatie van eene halve eeuw te voren het collatie„regt destijds had te niet gedaan," steunt m. i. op eene verkeerde voorstelling van a. 1 der wet van 10 Sept. 1853, in verband met het Souverein Besluit, hetwelk geen *kerkelijk regt*, maar een, onder vroegeren regtstoestand verkregen *vermogensregt*, aan de eigenaren onbepaald toekende.

„Het gevolg van de beschouwing van den verw. zou zijn, dat bij het arr. aan den eischer ten onregte eenig collatie-regt is toegekend; hij heeft echter de vordering op dien grond niet bestreden, en ook incidenteel de schending der wet van Sept. 1853 niet beweerd.

„De geachte raadslieden, die de regtsvraag met zooveel zorg hebben behandeld en toegelicht, wenschen, dat eene principiële beslissing over het regt der *staande collatiën* in Groningen, bij het arr. van den Raad zal worden gegeven. En dan komt het mij voor, dat deze, ofschoon geheel in strijd met de begrippen van den ouderen regtstoestand ontstaan, echter bij het Regl. Reformatoir van 1749 zijn gesanctioneerd, en, mits behoorlijk geregistreerd, zaken in den handel zijn gebleven;

dat zij desniettemin volgens de minder juiste onderscheiding van *publiek-* en *privaat-regt* zijn gebleven *stembevoegdheden*, en als zoodanig onderworpen aan de regeling van het *stemregt* door het openbaar gezag; dat *alle* collatie-regten, welke ook hun oorsprong en regtskundige aard mogen zijn, als regten strijdig met de onvervreemdbare regten van den mensch en den burger in de omwenteling van 1795 zijn vervallen, en het regt tot verkiezing van den predikant in 1796 tot de overige stemgeregtigden is uitgestrekt (Boeles, t. a. p., p. 129 en 130); dat de vroegere collatie-regten allengs door de eigenaren weder zijn uitgeoefend, en door de wetten erkend; dat dit regt, voor zooveel de benoeming van den *predikant* betrof, in 1814 door den *Souverein* en dus op wettige wijze is hersteld, zij het dan ook, zooals de heer Coninck Liefsting meent, *in overijling en ter kwader ure;* en dat het regt mitsdien door dat Besluit van 1814 wordt beheerscht.

„En daar nu *in casu* feitelijk vaststaat, dat de predikant van Usquert eene subsidie uit 's Lands kas ontvangt, zoo heeft het arr. m. i. het collatie-regt van den eischer niet gekrenkt, door hem, met ontzegging van zijne vordering tot onbepaalde benoeming, slechts de electie uit een door den kerkeraad geformeerd dubbeltal toe te kennen.

„Ik heb mitsdien de eer te concluderen tot verwerping der voorzieningen, met veroordeeling van den eischer in de kosten, in cassatie gevallen."

ARREST. — De H.-R. d. Ned. — Op het beroep van, enz.;

„O., dat als *eerste middel* van cassatie is voorgesteld: schending en verkeerde toepassing van:

„*a.* het Ommelander Landregt van 1601 of Landregt van Hunsingo, Fivelingo en het Westerkwartier, boek III, a. 16; boek IV, de a. 1, 4 en 5 tot en met 10;

„*b.* het regl. van Zijne Doorluchtige Hoogheid den Heere Prince van Orange en Nassau (zoogenaamd Regl. Reformatoir) van 27 Nov. 1749, de a. 18 en 19;

nc. de Publicatie der Provisionele representanten van het volk van Stad en Lande, dd. 27 Febr. 1795;

nd. de Publicatie van het Comité-révolutionnair der Ommelanden, dd. 11 Apr. 1795;

ne. het Stemregl. voor de Hervormde Gemeenten in de Ommelanden, volgens 's Hofs 16e regtsoverw. door de Representanten van Stad en Lande 13 Mei 1796 tot stand gebragt;

nf. de a. 19, 24, 25 en 40 der Grondregels of Algemeene beginselen der Staatsregeling van 1798 en de a. 1 en 9 dier Staatsregeling (*in quantum pro* ook het Regl. van 30 Dec. 1795/7 Jan. 1796, volgens hetwelk eene algemeene nationale vergadering zal worden bijeengeroepen en werkzaam zijn); het Decreet van 22 Jan. 1798 van de Constituerende vergadering als representerende het Bataafsche volk; de a. 5 en 15 der Staatsregeling van 1801; a. 8 der Staatsregeling van 1805; a. 7 der Constitutie voor het Koningrijk Holland, dd. 7 Aug. 1806, en a. 1 der Constitutionele wetten van 5 Junij bevorens en de Constitutie van 22 Frimaire an VIII;

ng. de Publicatiën en Proclamatiën van het Vertegenwoordigend ligchaam, 18 Aug. 1796 en 11 Apr. 1800 afgekondigd, en de Publicatie van hun Hoog Mogenden 5 Junij 1806 gearresteerd en 9 Junij 1806 in de *Bataafsche Staatscourant* van dien dag, n° 75, afgekondigd, speciaal a. 6;

nh. de besluiten van den Souvereinen Vorst van 27 Mrt. 1814, *St.* n° 46; 28 Sept. 1814, *St.* n° 102 en 1 Febr. 1815, *St.* n° 10;

ni. de a. 164, 1 en 2 additionele a. der Grw. van 1815; a. 162, 1 en 2 additionele a. der Grw. van 1840; a. 147, 1 en 3 additionele a. der Grw. van 1848;

nk. de a. 625 B.-W., 1 en 3 der wet op den Overgang; a. 11 A.-B., voor zooveel noodig in verband met de a. 544 en 545 *C.-N.* en de a. 439 en 440 *Wetb. Nap.*, ingerigt voor het Koningrijk Holland;

nl. de volgende regln van de Nederl. Hervormde Kerk, als:

Alg. Regl. a. 24, voor zooveel noodig in verband met het Herzien Regl. op de uitoefening van het Collatie-regt in de voormalige Ommelanden, 4 Mei 1881 door het Prov. Kerkbestuur van Groningen vastgesteld en 2 Aug. d. a. v. door de Synode goedgekeurd; Regl. op de vacaturen, dd. 11 Aug. 1856 — 20 Mei 1857, a. 58; en het Regl. op de beroeping van predikanten enz. van 25 Julij 1866 — 14 Dec. 1866;

„alles in onderling verband en zamenhang;

„O. te dien aanzien, dat, daargelaten de vraag of het Groninger Collatie-regt oorspronkelijk was van publiek-regtelijken aard en of het door de afscheiding der stemmen van den grond van aard heeft kunnen veranderen, de hoofdvraag in deze is: of dat regt door of tengevolge der Staatsomwenteling van 1795 of later is afgeschaft;

„O. nu, dat bij de Publicatie der provinciale representanten van 't volk van Stad en Lande van 27 Febr. 1795, houdende afkondiging der Volkssouvereiniteit, is verklaard dat over de reglementen en ordonnantien op 't stuk van civiele en crimineele justitie, benevens op de schepperijen, zijlvestenijen, dijkregten, jagt en visscherij en wat meer van dien aard is „door den wil des volks nader zal worden gedisponeert";

„O., dat, daargelaten of onder de woorden „en wat meer van dien aard is", ook moet worden begrepen het collatie-regt, zooals in de 12e overw. van het bestreden arr. wordt aangenomen, in allen gevalle de Publicatie niet bevat eene afschaffing van de wettelijke bepalingen omtrent de daarin genoemde onderwerpen, maar eenvoudig eene nadere regeling daarvan belooft;

„O., dat in eene kort daarop gevolgde Publicatie van het Comité-revolutionnair der Ommelanden van 11 April 1795 wordt gezegd, dat „daar door de inroeping van de regten van den mensch, gelijkheid en vrijheid, en de bepaling dat alle posten en bedieningen, zullen dezelve wettig

zijn, uit den boezem des volks moeten voortkomen, alle zoogenaamde adel en andere uitsluitende grond-, geld- of erf-voorrechten tot regering of waarneming van de jurisdictiën, zijl- en dijkregten, collatiën, jagtregten en wat meer van dien aard is van zelfs, als strijdig met die beginselen, vervallen zijn";

"O. dat, vermits door geene wettelijke bepaling tusschen 26 Febr, en 11 April 1795 het collatie-regt is afgeschaft, de evengenoemde woorden in de publicatie van 11 Apr. niet anders kunnen worden beschouwd dan als de uitdrukking van het gevoelen van het Comité-révolutionair, dat het collatie-regt en de andere daar genoemde regten strijdig waren met de regten van den mensch, de gelijkheid en de vrijheid, maar dat door de uitdrukking van dat gevoelen het collatie-regt niet werd afgeschaft;

"O., dat dit bevestiging vindt in de, in de 14e overw. van het bestreden arr. medegedeelde voorbeelden van schorsing van predikantsbenoemingen door collatoren gedurende den loop van het jaar 1795, omdat, wanneer het collatie-regt was afgeschaft, die benoemingen zeer zeker niet zouden zijn geschorst, maar, als strijdig met de wet, zijn vernietigd;

"O., dat in het Stemreglement, vastgesteld door de Representanten van het volk van Stad en Lande 18 Mei 1796, is bepaald, dat "tot de nominatie van een zestal van "predikanten zal worden gestemd door alle manspersonen die "volle vijfentwintig jaaren bereikt hebben, zijnde hoofden des "huisgezins met derzelver meerderjaarige zoonen in het carspel "woonachtig, in de Christelijke Kerk gedoopt en de Hervormde "religie toegedaan"; dat uit dit zestal een drietal moet worden gevormd, en dat tot deze vermindering en om vervolgens daaruit de verkiezing van een predikant te doen, dezelfde personen stemgeregtigd zullen zijn;

"O., dat deze regeling van de benoeming van predikanten zeker niet vereenigbaar is met het collatie-regt, maar dat het

Stemregl., blijkens a. 40, is geweest een bloot provisionele maatregel, welke volgens den aanhef slechts voor den tijd van 6 maanden zoude gelden, en later een of andermaal nog voor 6 maanden werd verlengd;

„O., dat zoodanige provisionele maatregel, welke niet langer gold dan gedurende den tijd waarvoor hij werd genomen, niet kan worden aangemerkt als eene definitieve afschaffing van het collatie-regt;

„O., dat daarenboven in a. 40 wordt gezegd, dat het regl. zou worden ten uitvoer gelegd „onverkort in ieders regt, 't „welk men daaromtrent zou kunnen voortbrengen, totdat daar„over nader en uitdrukkelijk, overeenkomstig den wil des volks, „eene bepaling gemaakt zal zijn";

„O., dat in de 17e overw. van het bestreden arr., in overeenstemming met evengenoemde woorden, dan ook teregt wordt overwogen, dat men de beslissing der vraag wenschte te vermijden of de representanten der Ommelanden bevoegd waren om alleen het regl. tot stand te brengen, dan of die bevoegdheid toekwam aan de representanten van de geheele provincie;

„O., dat, waar bij den wetgever zelven twijfel bestond omtrent de bevoegdheid tot regeling, aan eene definitive afschaffing van het collatie-regt kwalijk kan worden gedacht;

„O., dat volgens de 19e overw. van het bestreden arr., uit de in de 9e tot 18e overw. medegedeelde staatsregtelijke geschiedenis zonneklaar zoude blijken, dat de aan het landregt van 1601 ontleende regten van collatie reeds vóór 1798 waren vervallen en door eene nieuwe regeling vervangen, de staande collatiën zoowel als die welke nog niet van het grondbezit waren gescheiden;

„O. evenwel, dat, blijkens het boven overwogene, door geene der aan het jaar 1798 voorafgegane wettelijke bepalingen het collatie-regt definitief is afgeschaft, en dat, al moge dat regt onvereenigbaar zijn geweest met de toenmalige begrippen omtrent de regten van den mensch en burger en de vrijheid

en gelijkheid, daaruit niet volgt dat het zonder eene uitdrukkelijke verklaring van den wetgever zoude zijn vervallen;

„O., dat, blijkens de 20ᵉ overw. van het bestreden arr., het Hof het in zijn stelsel onnoodig heeft geoordeeld te onderzoeken of het collatie-regt ook zoude zijn getroffen door a. 24 der Staatsregeling van 1798;

„O., dat bij dat a. „alle eigenlijke gezegde heerlijke regten en titels, waardoor aan een bijzonder persoon of ligchaam zou worden toegekend eenig gezag omtrent het bestuur van zaken in eenige stad, dorp of plaats, of de aanstelling van deze of gene ambtenaren binnen dezelve, voor zooverre die niet reeds met de daad zijn afgeschaft, bij de aanneming der Staatsregeling, zonder eenige schâevergoeding, voor altijd worden vernietigd";

„O., dat deze bepaling niet van toepassing is op het Groninger collatie-regt; dat toch dat collatie-regt, oorspronkelijk toekomende aan de grondeigenaren, als de eenige magthebbenden in Staat en Kerk, niet kan worden gerangschikt onder de elders bekende eigenlijk gezegde „heerlijke regten"; dat voorts uit de woorden „eenig gezag omtrent het bestuur van zaken in eenige stad, dorp of plaats", duidelijk blijkt dat men daarmede heeft bedoeld *burgerlijke* en niet *kerkelijke* betrekkingen, en dat, al moge ook het woord „ambtenaren" in ruimeren zin kunnen worden gebezigd van predikanten, het hier, in verband met hetgeen daaraan voorafgaat, blijkbaar enkel doelt op *burgerlijke* ambtenaren;

„O., dat derhalve ook door a. 24 der Staatsregeling van 1798 het collatie-regt niet is afgeschaft;

„O., dat bij het Decreet van het vertegenwoordigend ligchaam, door het Uitvoerend bewind bij publicatie van 11 April 1800 afgekondigd, werd bepaald: „dat de keuze van Kerkelijke ambtenaren, overeenkomstig den geest der acte van Staatsregeling, ter dispositie van ieder Kerkgenootschap in den zijnen is en wordt overgelaten";

„O., dat deze bepaling niet anders kan worden beschouwd dan als eene toepassing van het beginsel van scheiding van Staat en Kerk en enkel de strekking heeft om de regeling van de wijze van verkiezing der kerkelijke ambtenaren aan de kerkgenootschappen over te laten, maar dat daardoor de regten van derden tot benoeming van predikanten, het collatieregt, niet werden vernietigd, en daarenboven uit niets blijkt dat het Hervormde kerkgenootschap, gebruik makende van de haar verleende bevoegdheid, over die regten heeft gedisponeerd;

„O., dat dit bevestiging vindt in de door den eischer aangevoerde talrijke voorbeelden van benoemingen van predikanten door collatoren gedurende de jaren 1801 tot 1811, terwijl het niet opgaat die benoemingen, zonder eenige tegenspraak geschied en kerkelijk goedgekeurd, te beschouwen als bloot feitelijke handelingen van invloedrijke heeren onder eene toegevende kerk en onder eene regering, die herstel in uitzigt stelde, zooals door den verw. wordt beweerd;

„O., dat nu wel volgens de 24e overw. van het bestreden arr., een wetsontwerp, 10 Julij 1803 aan het Staatsbewind aangeboden, sub sexto inhield „dat het jus patronatus ecclesiæ en het regt tot aanstelling van schoolonderwijzers bleef afgeschaft" en dat bij eene publicatie van 9 Junij 1806 het patronaatregt onder zekere voorwaarden werd hersteld;

„O. evenwel, dat het Groninger collatie-regt niet moet worden vereenzelvigd met het patronaat-regt, en dat, zoo het daaronder al kon worden begrepen, uit de door het Hof medegedeelde feiten niet anders zou volgen dan dat de wetsontwerpen van 1803 en de wetgever van 1806 in de meening verkeerden dat het collatie-regt was afgeschaft, terwijl volgens het boven overwogene dit inderdaad niet het geval was;

„O., dat mitsdien door 's Hofs beslissing, dat het collatieregt in de Ommelanden door de omwenteling in 1795 is vervallen, de in het *middel* sub littera *c* tot *g* aangehaalde

wetsbepalingen deels zijn geschonden, deels verkeerd toegepast, zoodat het *eerste cassatie-middel* is gegrond;

„O., dat hierdoor het onderzoek van het *tweede cassatie-middel* overbodig wordt;

„O., dat door den verw. als incidenteel *middel* van cassatie is voorgesteld:

„Schending en verkeerde toepassing van de a. 18 en 19 van het Regl. van Zijne Doorluchtige Hoogheid den Prins van Oranje-Nassau van 27 Nov. 1749, van de a. 1, 5, 7 en 8 van het 4e Boek van het Landregt van Hunsingo, Fyvelingo en het Westerkwartier van 31 Oct. 1601, en van a. 1902 B.-W., omdat volgens het Regl. van 1749 de registratie der Heerlijkheden en geregtigheden slechts de strekking had om de aanspraken en beweringen der respective regthebbenden te kennen en om scheiding in strijd met a. 18 van het Regl. voor het vervolg te voorkomen, doch geenszins om te worden gehouden voor een wettelijken en onwrikbaren titel ten behoeve van den geregistreerde, en omdat mitsdien, met welken loffelijken ijver de Hooge Justitiekamer in deze ook moge zijn te werk gegaan, 's Hofs maatregelen en resolutiën toch aan de registratie geen hooger dan haar wettelijk karakter konden geven en speciaal niet konden uitwerken dat hij die, of wiens auteur destijds de registratie niet had betwist, nu ook voor goed het regt had verloren om van den geregistreerden collator het bewijs te vragen dat zijne stemmen correspondeerden met het wettelijk vereischte aantal grazen behuisd land, eene bevoegdheid die het Hof mitsdien in zijne 32e overw. ten onregte aan den verw. ontzegt;

„O. daaromtrent, dat in de 32e overw. van het bestreden arr. feitelijk is uitgemaakt, dat de registratuur der geregtigheden en heerlijkheden, dus ook van de collatiën, gesepareerde zoowel als ongesepareerde, geene unilaterale handeling is geweest, doch ieder belanghebbende door den hoogsten regter destijds ruimschoots in de gelegenheid is gesteld om de gepretendeerde

collatiën te betwisten, en zulks contradictoir te doen beslissen, eer zij in de definitieve registers werden overgebragt;

„O., dat het Hof in de 33e overw. hieruit teregt afleidt, dat die registers nog heden „voor een rigtsnoer verstrekken om het getal en hoedanigheid van die geregtigheden te weten", voor de tegenwoordige partijen met dit gevolg, dat de appelleerende kerkeraad nu niet meer mag betwisten of het bewijs vorderen, dat de werkelijk in de registratieboeken opgenomen collatiën van den geïntimeerde corresponderen met ten minste 30 grazen behuisd land;

„O., dat derhalve het incidenteel *cassatie-middel* is ongegrond;

„Vernietigt het arr., 31 Oct. 1883 door het Geregtshof te Leeuwarden tusschen partijen gewezen;

„Bevestigt het vonnis der arr.-regtb. te Groningen van 31 Mrt. 1882, waarvan de verw. in cassatie had geappelleerd;

„Veroordeelt den verw. in de kosten van hooger beroep en van cassatie."

No 1938. — Arrest van 20 Februarij 1885.

(A. 1804 en volg., a. 1279 en 1280, a. 1286, 1417, al. 3, a. 1441 B.-W.; a. 1 en 56 B.-R.)

Is, ofschoon feitelijk vaststaat, dat de ingestelde vordering tijdens de dagvaarding niet was opeischbaar, de exceptie van niet-ontvankelijkheid op die omstandigheid gegrond, teregt afgewezen, op grond dat de opeischbaarheid pendente lite *is ingetreden?* — Ja.

Kunnen, wanneer eene vordering eerst pendente lite *is ingetreden, de renten worden toegewezen sedert den dag, dat de schuld opeischbaar is geworden en niet sedert den dag der dagvaarding?* — Ja.

De Proc.-G. Mr. Römer heeft in deze zaak de volgende conclusie genomen:

„De dagvaarding in cassatie wijst als *middel* tegen het arr. gewezen door het Geregtshof te 's Hertogenbosch, dd.

15 Apr. 1884, aan: schending en verkeerde toepassing van de a. 1304, 1305, 1306, 1279, 1280, 1286, 1417, al. 3, 1441 B.-W. en a. 1 en 56 B.-R. Om de schending dier onderscheidene wetsbepalingen aan te wijzen, worden *drie* grieven geformuleerd:

„*vooreerst* dat, ofschoon feitelijk vaststaat dat de ingestelde vordering tijdens de dagvaarding niet was opeischbaar, het Hof de daaraan ontleende bewering van niet-ontvankelijkheid heeft meenen te mogen afwijzen, op grond, dat de opeischbaarheid *pendente lite* was ingetreden;

„*ten anderen* dat, al kon het ontijdige van den eisch *pendente lite* zijn gedekt, dan toch de renten niet hadden mogen zijn toegewezen sedert den dag der dagvaarding, doch hoogstens sedert de opeischbaarheid der schuld;

„en *ten derden* omdat het Hof aanneemt dat de eischer in cassatie, door geen vormelijk aanbod te doen tot kwijting der (niet-opeischbare) schuld den verw. genoodzaakt heeft eene (ontijdige) regtsvordering tot betaling in te stellen, en dit — ofschoon het Hof zelf constateert, dat het geschilpunt waarover het geheele proces heeft geloopen, is beslist ten voordeele van den eischer — aan dezen aanrekent als een ongelijk zijnerzijds, dat de kosten kon *doen compenseeren.*

„Bij de toelichting dezer grieven bij pleidooi heeft de geachte raadsman er op gewezen, dat de eerste grief het *hoofdmiddel* van cassatie bevat, en dat de beide anderen slechts dan in aanmerking komen, wanneer de H.-R. van oordeel mogt zijn, dat het voorgesteld *middel* van niet-ontvankelijkheid teregt is verworpen.

„Uit het arr. blijkt, voor zooveel de feiten ter beoordeeling van het *middel* van cassatie betreft, het volgende: dat de nu eischer in cassatie door den verw. is gedagvaard ter betaling eener geldsom, waartoe hij eerst dan verpligt was wanneer hij zelf de betaling had verkregen van de aannemingssom. Bij de ingestelde vordering werd dan ook gesteld dat die

betaling reeds lang was geschied. De nu eischer concludeerde tot niet-ontvankelijkverklaring dier vordering, op grond o. a. dat de aannemingssom aan hem nog niet was voldaan.

„In den loop van het geding erkende hij de betaling te hebben ontvangen en verklaarde zich *toen* bereid om aan den nu verw. te betalen, onder korting van door hem zelven verschuldigde en betaalde vrachten. — Omtrent het voorgestelde *middel* van niet-ontvankelijkheid overweegt het Hof in de 4ᵉ overw. *quoad jus*, dat door de regtb. teregt is verworpen de bewering dat de vordering was *niet-ontvankelijk* als zijnde ingesteld vóór dat de nu eischer de aannemingssom had ontvangen, omdat, ofschoon tusschen partijen vaststond dat de afrekening tusschen hen *niet* behoefde te geschieden vóór de betaling der aannemingssom, de nu verw. *in wezen* reeds regt op betaling had ten tijde van de dagvaarding; en mitsdien, zoodra de dag der vorderbaarheid inviel, de nu eischer ophield geregtigd te zijn de betaling te weigeren, of zich tegen zijne veroordeeling daartoe te verzetten, zoodat het slechts de vraag kon zijn welken invloed het *ontijdig* instellen der vordering op de kosten kon hebben.

„Ik geloof met den eischer, dat die regtsoverweging in strijd is met a. 1305 B.-W. Het Hof overweegt, dat bij het instellen der dagvaarding het *regt* des nu verwᵈ op de betaling reeds *in wezen* bestond; dit is juist: in zekeren zin ontstaat de regts-vordering met het regt, en indien de nu eischer betaald had, kon hij niet beweren *indebite* te hebben betaald; maar het regt van de wederpartij om te vorderen, was nog niet geboren, er was geene *actio nata*; verg. Puchta, *Curs. der Instit.* II § 208 p. 382; Diephuis, *B.-R.* VI n° 203 volg. en vooral Bonneval Faure, *Procesregt* I, 181 en 182.

„De geachte raadsman voor den verw. meent, dat eene *declaratoire exceptie* kon zijn voorgesteld, maar geene *niet-ontvankelijkheid au fond*. Er zijn echter geene bepaalde woorden of vormen voor de exceptiën of middelen van niet-ontvanke-

lijkheid voorgeschreven; hare strekking moet dus uit haren grond en uit het doel waartoe zij worden voorgesteld, beoordeeld worden.

„*In casu* werd de verbindtenis om te betalen door den nu eischer niet ontkend; maar de stelling der dagvaarding: „dat de gedaagde al lang betaling had gekregen van de aannemingsom" werd ontkend; en op grond ook van die bewering geconcludeerd tot niet-ontvankelijk-verklaring der vordering.

„Er is daardoor m. i. geene eigenlijke *exceptie* voorgesteld; maar indien dit het geval is en het Hof gaat na de verwerping in de 4e overw. *quoad jus*, in de 5e en volgende overw. over tot de beslissing op de *hoofdzaak*, dan heeft het voorgestelde *fin de non recevoir* het meeste van eene *dilaratoire exceptie.* Zie CHAUVEAU, *Lois de la proc. civile*, éd. de Brux. T. IX, T. II, p. 103, noot (3).

„En daar nu het Hof aanneemt dat werkelijk de verpligting om te betalen tijdens de dagvaarding nog niet bestond, is het voorgestelde *middel* van niet-ontvankelijkheid ten onregte verworpen.

„Ik houd dus het *hoofdmiddel van cassatie* voor gegrond.

„Mogt echter de H.-R. van oordeel zijn, dat door het verschijnen van den vervaltijd *pendente lite* en door de *litiscontestatie* op de hoofdzaak, als het ware een judiciëel contract tusschen partijen is ontstaan, waardoor de niet-ontvankelijkheid is gedekt, dan komt de subsidiair voorgestelde *tweede* grief in aanmerking: nl. dat de *renten* verkeerdelijk zijn toegewezen van den dag der *dagvaarding.* Waar nu vaststaat, dat de schuld toen nog niet opeischbaar was, is die beslissing zeker in strijd met a. 1279 B.-W., want de schuldenaar was niet *in gebreke.* Volgens de conclusie van antwoord is hier eene *blootе vergissing* in het arrest, omdat het *dictum* van het vonnis, houdende veroordeeling tot betaling eener som van *f* 1309.25 met de rente van 12 Jan. 1883, is vernietigd en de condemnatie beperkt tot eene som van *f* 1155.82[5], zoodat

de veroordeeling tot betaling der rente van af den dag der dagvaarding geene *beperking*, maar eene vermeerdering zou bevatten. De geachte raadsman stelde, dat hiertegen bij request-civiel moest zijn opgekomen, maar bleef in gebreke den grond aan te wijzen waarop dit regtsmiddel kon steunen. Er is niet meer toegewezen dan geëischt was (a. 382, al. 3, B.-R.), want uit het arr. blijkt, dat de renten waren gevorderd van den dag der *sommatie*, en er blijkt evenmin dat in het arr. eene *tegenstrijdige beschikking* is gegeven (a. 382, n° 6, *ibid.*). Volgens het *dictum* moest dus de nu eischer rente betalen van af een tijdstip waarop hij nog niet nalatig was zijne verbindtenis te vervullen. Ook de tweede grief is m. i. gegrond, en daar niet *in facto* blijkt wanneer de vordering opeischbaar is geworden, zal, bij verwerping van het *eerste middel*, met betrekking tot dit punt renvooi naar het Hof moeten plaats hebben.

„De *derde* grief betreft de uitgesproken compensatie van kosten. Deze wordt in de 8e overw. *in jure* aldus geformuleerd: „dat geheel het proces heeft geloopen over de vraag of de „geïnt. (nu verw.) *een derde* dan wel *de helft* van de *f* 920.55 „heeft te dragen, en dat dit geschilpunt ten voordeele van den „appt (nu eischer) moet worden beslist; dat anderzijds de appt „door geen *vormelijk* aanbod te doen, den geïnt. genoodzaakt „heeft eene regtsvordering *in te stellen* om betaling te krijgen.”

„Het vereischt m. i. geen betoog, dat bij eene prematuur ingestelde vordering geen *aanbod* van betaling behoeft te geschieden, en het is niet duidelijk hoe gemis van aanbod, waar nog geen opeischbare schuld bestaat, kan noodzaken om eene premature vordering in te stellen. En wil men de stelling aannemen dat door de *litis-contestatie* een judiciëel contract is ontstaan, dan kon m. i. de nu eischer volstaan met zijne bereidverklaring om dat bedrag te betalen, waartoe hij, niettegenstaande betwisting der wederpartij, bij regterlijk vonnis is veroordeeld. Waar zijnerzijds geen verzuim is

gepleegd, is hij ten onregte bij het arr. op dit punt in het ongelijk gesteld en de compensatie van kosten in strijd met a. 56 B.-R.

„Bij het vonnis *a quo*, waarbij de nu eischer tot betaling werd veroordeeld, is de nu verw. in een gedeelte der kosten veroordeeld, omdat ten tijde der dagvaarding de aannemingsom niet *geheel* met den nu eischer was verrekend. Ook die uitspraak was m. i. verkeerd, omdat de regtsvordering volgens de bedoeling van partijen eerst ontstond, zoodra de aanneming-som in haar geheel was betaald.

„Ik heb op grond van deze beschouwing de eer te concluderen: *primario* dat de H.-R. zal vernietigen het arr. *a quo* alsmede het vonnis in eersten aanleg gewezen, en de regtsvordering zal verklaren niet-ontvankelijk; of wel *subsidiair* tot vernietiging van het *dictum* van het arr., voor zooveel de eischer daarbij is veroordeeld tot vergoeding van *renten* sedert den dag der *dagvaarding* en de kosten ten zijnen opzigte zijn gecompenseerd; met terugwijzing der zaak naar het Hof, ten einde omtrent de verschuldigde renten nader te worden beslist; in elk geval tot veroordeeling van den verw. in cassatie in de kosten van het geding, zoo in eerste instantie als in appèl en cassatie gevallen."

ARREST. — De H.-R. d. N. — Op het beroep van, enz.;

„O., dat het voorgestelde *middel*: schending en verkeerde toepassing van de a. 1304, 1305, 1306, 1279, 1280, 1286, 1417, al. 3, 1441 B.-W. en de a. 1 en 56 B.-R., op drieërlei grond berust, en wel *ten eerste* daarop, „dat, schoon feitelijk vaststaat dat de ingestelde vordering tijdens de dagvaarding niet was opeischbaar, het Hof de daaraan ontleende bewering van niet-ontvankelijkheid heeft meenen te mogen afwijzen op grond dat de opeischbaarheid *pendente lite* was ingetreden";

„O., dat feitelijk vaststaat dat de nu verw. den nu eischer had gedagvaard tot betaling eener geldsom, tot welke deze eerst verpligt was wanneer hij zelf de betaling eener aannemings-

som, waarop de vordering berustte, zou hebben verkregen; dat de nu eischer tot niet-ontvankelijk-verklaring dier vordering heeft geconcludeerd, o. a. op grond dat die aannemingssom hem nog niet was voldaan, doch in den loop van het geding heeft erkend, toen betaling daarvan te hebben ontvangen, en zich bereid heeft verklaard den nu verw. te betalen, onder korting van de helft van aan hem zelf in rekening gebragte vrachten en verschotten;

„O., dat het Hof die exceptie heeft afgewezen op grond dat, nu de verw. de levering behoorlijk had volbragt, zijn regt op betaling in wezen reeds bestond ten tijde van de dagvaarding, en dat, zoodra de dag der vorderbaarheid inviel, de nu eischer ophield geregtigd te zijn tot weigering van betaling of tot verzet tegen zijne veroordeeling daartoe, maar alleen bleef te zien welken invloed het ontijdig instellen der vordering op de kosten kon hebben;

„O. hieromtrent, dat wel is waar daaruit, dat eene vordering of verbindtenis *in wezen* bestaat, nog niet volgt dat de voldoening of uitvoering daarvan kan worden gevorderd, vermits zij volgens a. 1305 B.-W. daarvoor ook opeischbaar moet zijn; — dat evenwel waar, als *in casu*, vaststaat dat die opeischbaarheid in den loop des gedings is ingetreden, en wel op 22 Oct. 1882, van dien tijd af alle belang der op de niet-vorderbaarheid gegronde verwering, wat de zaak zelve betreft, vervalt, en dit middel van verwering dus als gedekt is te beschouwen, zoodat het ontijdig instellen der vordering inderdaad alleen nog in aanmerking komt bij de beslissing omtrent de kosten;

„dat het Hof, onder die omstandigheden, des eischers exceptie van niet-ontvankelijkheid te regt heeft afgewezen, en het *middel*, wat dit punt betreft, is ongegrond;

„O., dat als *tweede* grond van het *middel* is aangevoerd: „dat al kon het ontijdige van den eisch *pendente lite* zijn gedekt geworden, dan toch de renten niet hadden mogen zijn

toegewezen sedert den dag der dagvaarding, doch hoogstens sedert de opeischbaarheid der schuld";

„O., dat deze bewering is gegrond;

„dat de nu eischer bij het beklaagde arr. is veroordeeld tot betaling van renten van af den dag der dagvaarding, ofschoon volgens a. 1279 B.-W. vergoeding van kosten, schaden en interesten, of rente, eerst kan zijn verschuldigd van af het oogenblik dat de eischer was in gebreke, en zulks, vóórdat de tegen hem ingestelde vordering opeischbaar was geworden, niet het geval was; weshalve door 's Hofs uitspraak in zooverre de eischer tot betaling van rente over een aan die opeischbaarheid der schuld voorafgaand tijdvak is veroordeeld geworden, het voormelde wetsa. is geschonden;

„O., dat daartegen niet opgaat verw^s bewering, dat 's Hofs uitspraak ten deze op eene vergissing zou berusten, en evenmin dat deze grief van den eischer, op eene tegenstrijdigheid in de uitspraak of toewijzing van iets dat niet was gevorderd steunende, slechts aanleiding zou geven tot het middel van request-civiel, welk een en ander toch door verw. niet is aangetoond, en waarvan ook niet blijkt;

„O., dat de derde grond van het *middel* is: „dat het Hof aanneemt dat de eischer in cassatie door geen vormelijk aanbod te doen tot kwijting der (niet opeischbare) schuld, den verw. genoodzaakt heeft eene (ontijdige) regtsvordering tot betaling in te stellen en dit — schoon het Hof zelf constateert dat het geschilpunt waarover het geheele proces heeft geloopen, is beslist ten voordeele van den eischer — aan dezen aanrekent als een ongelijk zijnerzijds, dat de kosten kan doen compenseeren";

„O. te dien aanzien, dat bij 's Hofs arr. de tegen den nu eischer ingestelde vordering, met afwijzing zijner exceptieve verwering, maar anderzijds overeenkomstig zijne bewering, tot een minder bedrag dan door den verw. gevorderd, is toegewezen; — dat partijen dus over en weder op een of meer

punten in het ongelijk gesteld zijn, weshalve compensatie van kosten mogt worden uitgesproken, en deze derde grond van het *middel* niet is aannemelijk:

„Vernietigt het beklaagde arr., alleen voor zoover de eischer is veroordeeld tot rentebetaling van af den dag der dagvaarding, en niet eerst sedert de opeischbaarheid der schuld;

„Handhaaft voor het overige dat arr.;

„En voor zooverre het is vernietigd, ten principale op nieuw regtdoende;

„O., dat ook in cassatie partijen over en weder zijn in het ongelijk gesteld en bijgevolg ook in deze instantie grond is voor compensatie van kosten;

„Veroordeelt den nu eischer tot betaling van 5 pCt. rente van het bedrag der vordering, zooals die is toegewezen, van af 22 Oct. 1882 tot den dag der voldoening;

„Compenseert de kosten in cassatie gevallen."

N° 1939. — Arrest van 6 Maart 1885.

(A. 1650 B.-R.)

Kent dit wetsa. bij uitzondering op den algemeenen regel eene regtsvordering toe aan eenige daarbij genoemde personen uit eene overeenkomst, die zij met derden aangegaan hebben, en is deze wetsbepaling voor geene analogische uitbreiding tot andere dan tot de daarbij bepaald opgenoemden vatbaar? — JA.

Nadat bij arr. van den H.-R. van 22 Junij 1883 de zaken van den Staat der Nederlanden contra de Handelsvennootschap onder de firma S. & Co., bankier te 's Hertogenbosch, en van den Staat contra J. V., schipper, wonende te Hardinxveld, zijn gevoegd, en bij arr. van den H. R. van 23 Nov. 1883 ook nog de vordering tegen den Staat van J. J. v. D. V., schipper, wonende te Rozendaal, c. s. bij de vorige

was gevoegd, ten einde van nu af als ééne zaak voor den H.-R. door partijen te worden behandeld en voldongen en door dezen Raad te worden beregt, en tevens aan de firma S. & Co., toen eerste incidenteele gedaagde, acte was verleend van zekere door haar bij conclusie gemaakte reserve, heeft de Staat, gedaagde, (Proc. Mr. C. J. François), 12 Mei 1884 aan de drie verschillende eischers op hunne dagvaardingen de volgende conclusie van antwoord beteekend:

„A., T. S. Mz. heeft aangenomen, bij aanbesteding van den Staat, het verzwaren van den binnenberm van een gedeelte van den linkerbandijk der Nieuwe Merwede en bij acte van cessie het regt op de aannemingspenningen heeft overgedragen op de handelsvereeniging S. &. Co.;

„A. die aannemer bij vonnis der arr.-regtb. te 's Hertogenbosch dd. 18 Nov. is verklaard te zijn in staat van faillissement;

„A. krachtens voormelde cessie door den Min. van Waterstaat, Handel en Nijverheid aan de eischeres S. & Co. reeds is uitbetaald eene som van *f* 6237.40, zijnde een gedeelte van de aannemingspenningen, die de gedaagde ter zake der aanneming nog schuldig was, zoodat de gedaagde niet meer in handen heeft dan *f* 5412.60;

„A. de eischende firma, dit erkennende, op 7 Mei 1883 den Staat heeft gedagvaard tot uitbetaling der som van *f* 4441.17, dewijl de firma verklaard heeft dat voorzegd bedrag van *f* 5412.60 verminderd zal moeten worden met *f* 970.89 ten behoeve van ambachtslieden, die met beroep op a. 1650 B.-W. van den Staat vorderden wat de aannemer hun verschuldigd was;

„A. die som van *f* 970.89 is of zal worden uitbetaald voor dagloonen en werkzaamheden;

„A. de Staat die andere som van *f* 4441.71 gaarne zou willen uitbetalen aan de eischende firma, en dat ook reeds lang zou gedaan hebben, indien de Staat niet ware aangesproken voor veel meer dan *f* 970.89, ook met beroep op a. 1650 en de

Staat met hetzelfde geld slechts niet aan meer dan één kan betalen;

„A. derhalve het afhangt van de beslissing van den H.-R. over de tot den Staat gerigte vorderingen, hoeveel de gedaagde aan de eisch^sse S. & Co. schuldig is uit te keeren, en dit bedrag dan bij deze wordt aangeboden;

„I. A. de H.-R. in de eerste plaats te beslissen zal hebben, of het voorregt van a. 1650 B.-W. kan worden ingeroepen door een schipper, die, met zijn vaartuig na de failliet-verklaring des aannemers aangekomen en daardoor verhinderd te lossen, vraagt vergoeding voor overligdagen;

„A. de Staat deswege is gedagvaard, *a* bij exploit van 25 Apr. 1883 door J. V., schipper, wonende te Hardinxveld, tot betaling van *f* 159.60, wegens 21 overligdagen; *b* bij exploit van 2 Oct. 1883 door

1 J. J. v. d. V.,	schipper, tot betaling van	*f* 154.—
2 W. R.,	„ „ „ „	„ 138.—
4 P. d. B.,	„ „ „ „	„ 254.80
6 F. H.	„ „ „ „	„ 223.10
7 A. V.	„ „ „ „	„ 257.40
8 J. v. D.,	„ „ „ „	„ 189.—
en 15 J. S.	„ „ „ „	„ 176.80
alles wegens overligdagen, en met de vordering van J. V. ad		„ 159.60
	te zamen voor	*f* 1552 70

„A. dus, indien de H.-R. zal oordeelen dat vergoeding wegens overligdagen van schepen valt binnen het begrip van a. 1650, sprekende ven loonen van metselaars, timmerlieden, smids of andere werklieden, — dan de Staat verpligt zal zijn uit voornoemde *f* 4441.71 dat bedrag te betalen en mitsdien de firma S. & Co. zooveel minder zal kunnen worden toegewezen;

„A. de Staat geenerlei belang heeft aan wien hij die *f* 5412.60 geheel of gedeeltelijk zal moeten uitbetalen, en derhalve, terwijl de eigenlijke tegenover elkander staande partijen zijn de firma

en de schippers, zich refereert aan het oordeel van den H.-R.;

„A. echter dan de vermindering niet slechts *f* 1552.70 zou moeten bedragen, dewijl reeds in Dec. 1881 en in Junij 1882 zich nog tot den Staat gewend hebben:

A. V.	voor	een	bedrag	van	*f*	186.—
A. S.	„	„	„	„	„	203.70
H. J. B.	„	„	„	„	„	159.60
D. B.	„	„	„	„	„	202.40
W. K.	„	„	„	„	„	163.30
B. D. H.	„	„	„	„	„	213.40
H. V.	„	„	„	„	„	198.80
M. V.	„	„	„	„	„	196.80
K. T. K.	„	„	„	„	„	227.50
uitmakende	een	bedrag	van		*f*	1751.50

om betaling, even als de andere schippers, wegens overlig-dagen, blijkens de *in lite* overgelegde lijst, waarbij de deugdelijkheid der schuld is gestaafd door den curator in het faillissement;

II. „A. tevens door den H.-R. zal moeten beslist worden of de Staat uit die som van *f* 4441.71 moet betalen de acht eischers, die bij het bovenvermeld exploit van 2 Oct. 1883, sub n° 3, 5, 9, 10, 11, 12, 13 en 14 hebben gevorderd de verschillende bij die dagvaarding genoemde sommen, tot een gezamenlijk bedrag van *f* 301.09, zooals in de dagvaarding staat vermeld wegens arbeidsloonen;

„A. echter uit de verzoekschriften aan den H.-R. indertijd ingediend om te erlangen verlof om kosteloos te procederen schijnt te blijken, dat dit arbeidsloon was voor het varen van grint of grond;

„A. wanneer door den H.-R. wordt beslist dat de vletlooners onder de werklieden van a. 1650 moeten verstaan worden, dan moeten niet alleen de acht eischende vletters in aanmerking komen, want volgens bovengemelde lijst hadden zich toen aangemeld 17 vletters ten gezamenlijken bedrage

van *f* 427.64, welk bedrag verminderd zou moeten worden met *f* 178 12, die reeds vervat zijn in bovengenoemde som van *f* 301.09, doordien 6 dier 17 zijn de bovengemelde eischers 9 L. B.; 10 A. A.; 11 J. B.; 12 G. K.; 13 A. V.; 14 J. K.;

„A. mitsdien, indien de H.-R. ten voordeele van de vletschippers beslist, niet zal kunnen worden uitbetaald aan S. & Co. *f* 301.09 en *f* 427.64, min *f* 178.12, te zamen *f* 550.61;

„A. ten slotte, datgene wat door den H.-R. geoordeeld zal worden aan de schippers toe te komen, zoowel aan hen die gedagvaard hebben ad *f* 1552.70, als voor hen die op de lijst voorkomen *f* 1751.50, ten gezamenlijken bedrage van *f* 3304.20, niet aan de eischende firma kan worden uitgekeerd maar daarmede de som van *f* 4441.71 zal moeten worden verminderd tot *f* 1137.51, en van het bedrag nog zal moeten afgaan *f* 550.61, wanneer ook de vletloonen door den Staat zullen moeten worden betaald; waardoor alzoo aan de eischende firma zal kunnen worden verstrekt *f* 486.90, behoudens de proces-kosten waarin zij ten behoeve van den Staat zal worden veroordeeld;

„A. de Staat in dezen strijd van partijen geheel is zonder belang, bereid om uit te betalen, naar de beslissing van den H.-R., de gelden die hij ten behoeve van de partijen moest inhouden;

„Zoo verklaart Mr. C. J. François, als proc. van den gedaagde, dat de Staat mitsdien aan elk der gevoegde partijen aanbiedt uittebetalen het bedrag dat door den H.-R. bij te wijzen arr. voor elk der partijen zal worden vastgesteld; en concludeert voornoemde Proc., dat bij arr. zal worden verklaard dat de Staat met dit aanbod en de volbrenging daarvan kan volstaan; en dat elk der gevoegde partijen zal worden veroordeeld in de kosten ten behoeve van den Staat."

„Voor de eisch^sse^, de Handelsvereeniging S. & Co., heeft Jhr. Mr. E. N. de Brauw qq. de volgende conclusie van repliek genomen:

„A. de gedaagde bij zijne conclusie van antwoord aanbiedt aan elk der gevoegde partijen uit te betalen het bedrag dat door den H.-R. bij te wijzen arr. voor elke der partijen zal worden vastgesteld, en concludeert dat de Staat met dit aanbod en de volbrenging daarvan kan volstaan, en dat elke der gevoegde partijen zal worden veroordeeld in de kosten van den Staat;

„A. dit aanbod echter, althans voor zooveel betreft de eisch^sse^ S. en Co. niet is voldoende, daar geene bepaalde som is aangeboden, derhalve de eisch^sse^ niet weet welk bedrag eigenlijk door den Staat wordt aangeboden en niet in staat is het aanbod aan te nemen;

„A. de houding van den Staat tegenover de eisch^sse^ dan ook inderdaad hierop neêrkomt dat de Staat weigert aan de eisch^sse^ uit te betalen voordat door den H.-R. zal zijn beslist of de Staat het gevorderde bedrag aan eisch^sse^ wel verschuldigd is, gelijk de Min. van Waterstaat dan ook in zijne missive van 8 Dec. 1882, n° 1, afd. Generaal-Secretariaat, aan eisch^sse^ heeft geschreven, dat de betaling van het resterende gedeelte van den termijn voorloopig althans moet achterwege blijven, daar een der schippers het voorregt van a. 1650 B.-W. voor zich inroept en welligt eene regterlijke uitspraak zal uitlokken;

„A. de Staat door deze houding de door eisch^sse^ gevoerde procedure heeft noodzakelijk gemaakt en derhalve, indien wordt uitgemaakt, dat de Staat het gevorderd bedrag aan eisch^sse^ verschuldigd is, in de kosten dezer procedure tegenover eisch^sse^ zal moeten worden veroordeeld;

„A. toch ieder zelf moet weten wiens schuldenaar hij is, en indien hij, daaromtrent in twijfel zijnde, er de voorkeur aan geeft niet te betalen dan na daartoe in regten veroordeeld te zijn, de kosten moet dragen der daardoor uitgelokte procedure;

„A. dit te meer klemt *in casu*, waar de Min. van Waterstaat zelf bij missive van 3 Junij 1882, n° 7, afd. Waterstaat

A., de eisch^sse heeft geschreven, dat de schippers, vletters enz., van wie thans eenige den Staat mede hebben aangesproken, *niet* te begrijpen zijn onder de ambachtslieden enz. waarvan a. 1650 B.-W. melding maakt, en aan eisch^sse in overweging heeft gegeven, hare toestemming te geven tot uitbetaling van het bedrag van *f* 970,89 aan ambachtslieden wel bedoeld in a. 1650 B.-W., ten einde de betaling van het overige te bespoedigen, welke toestemming de eisch^sse gaarne gegeven heeft, echter zonder het voorgespiegelde resultaat te verkrijgen;

„A. deze eisch^sse dan ook staat niet tegenover de andere eischers, wier zaken slechts formeel met die van eisch^sse zijn gevoegd, maar enkel en alleen te maken heeft met den Staat;

„A. wat de hoofdzaak betreft, er inderdaad geen twijfel aan kan zijn dat de schippers voor de hun eventueel competerende vergoeding wegens overligdagen en de zoogenaamde vletters wegens de hun eventueel competerende vracht voor het varen van grind of grond, geenszins aanspraak kunnen maken op het voorregt van a. 1650 B.-W., gelijk de Regering zelve vroeger heeft beweerd;

„A. zij toch niet zijn ambachtslieden, die tot het zetten van een gebouw of het maken van eenig aangenomen werk gebezigd zijn, aan wie a. 1650 dat voorregt alleen toekent, terwijl bovendien die schippers en vletters dat voorregt ook niet behoeven, daar zij de door hen vervoerde goederen niet behoeven af te geven voordat het hun competerende is voldaan;

„A. de eisch^sse te allen overvloede opmerkt: 1° dat de Staat ook wil korten hetgeen zou verschuldigd zijn aan schippers en vletters, die nog niet eens hunne regtsvordering hebben aangelegd, doch alleen vroeger in der minne om betaling hebben gevraagd, hetgeen nimmer kan opgaan, al waren zij zelfs ongetwijfeld ambachtslieden in den zin van a. 1650 B.-W.; 2° dat de regtsverhouding tusschen partijen moet beoordeeld worden naar het oogenblik, waarop de eisch^sse heeft gedagvaard, zoodat evenmin de regtsvorderingen van personen, die hunne

vordering hebben aangelegd nadat eisch^sse tot betaling had gedagvaard, in aanmerking kunnen komen;

„A. dientengevolge, ook al ware a. 1650 *in casu* op die schippers en vletters toepasselijk (des neen), geene andere vordering zou mogen worden gekort dan die van J. V. tot een bedrag van *f* 159.60;

„A. eisch^sse ten slotte opmerkt dat zij geenszins kan erkennen, integendeel uitdrukkelijk moet betwisten, dat de genoemde schippers en vletters inderdaad het door hen geëischte bedrag te vorderen hebben, waarvoor elk bewijs ontbreekt, terwijl uit den aard der zaak de verklaring van den curator in het faillissement van den aannemer S., in dit geding, noch tegenover den Staat, noch tegenover eisch^sse eenige bewijskracht heeft;

„Zoo verklaart Jhr. Mr. E. N. de Brauw, als proc. der eisch^sse, te persisteren bij de bij dagvaarding ingestelde vordering, dat de gedaagde bij arr. van den H.-R. der Ned. worde veroordeeld om aan de eisch^sse tegen behoorlijk bewijs van kwijting te betalen de som van *f* 4441.71 met de renten ad 5 pCt. sedert den dag der dagvaarding en in de kosten van den processe."

Voor den Staat, gedaagde, heeft zijn proc. Mr. C. J. François hierop geantwoord bij de volgende conclusie:

„A. de Staat moet betalen zekere som, die aan den aannemer S. verschuldigd is, — de Staat daartoe volkomen bereid is, — en het enkel en alleen aankomt op de verdeeling dier som tusschen hen die er een deel van begeeren, dat zijn de eischende firma en de andere eischers;

„A. het daarom niet regt is van de eisch^sse, te verlangen dat de Staat de kosten zou moeten dragen;

„A. de Staat in dit proces geheel onzijdig kan blijven, als inderdaad daarbij geenerzijds eenig belang hebbende, maar wel veel last door hem geheel vreemde omstandigheden, namelijk:

„1° doordien de eisch^sse zich doet cedéren al wat de aannemer van den Staat eenigermate te vorderen zou kunnen krijgen;

„2° dat de aannemer failleert;

„3° dat de ambachtslieden opkomen om van den Staat te krijgen betaling uit den pot, dien de eisch^sse gaarne geheel begeert;

„4° dat ook schippers en vletters en anderen opkomen en van den H.-R. gratis-admissie hebben erlangd;

„A. dan ook de eisch^sse bij deze potverdeeling het grootste belang heeft, en als optredende in de regten van den aannemer, nu ook bestrijdt de vorderingen van hen, die uit den pot betaald willen worden;

„A. daardoor de eisch^sse eigenlijk de betwistende partij is en de kosten zal moeten dragen, indien zij in hare bestrijding van het regt van schippers en vletters, zooals zij die ook bij hare laatste conclusie nog volhoudt, bij te vellen arr. wordt in het ongelijk gesteld;

„A. anders die kosten door die schippers en vletters zullen moeten worden gedragen;

„A. het van de eisch^sse sterk gezegd is, dat er geen twijfel *kan* bestaan over de onregtmatigheid der vordering van die schippers en vletters, nu die personen toch van den H.-R. gratis-admissie verworven hebben, op grond dat aanvankelijk niet gebleken is, dat zij in hunne vordering ongegrond waren;

„A. volkomen onjuist is het zeggen van eisch^sse: „dat de „*Staat wil korten* hetgeen zou verschuldigd zijn door schippers „en vletters, die nog niet eens hunne regtsvordering hebben „aangelegd;" dewijl

„1° de Staat niet *wil* korten, maar de potverdeeling geheel aan den H.-R. ter beregting laat, en alleen opgeeft wat daartoe noodig is te weten;

„2° dat om hun regt uit a. 1650 B.-W. te willen doen gelden niet onvermijdelijk noodig is eene dagvaarding of een proces, maar een aanzoek bij den aanbesteder *tempore utili* gedaan, dezen bindt, om niet alles wat hij van den aannemer nog in handen heeft, aan een ander uit te betalen;

„doch dat aanzoeken te laat schijnen te komen wanneer door andere aanvragen de gansche, den aannemer verschuldigde som is in beslag genomen;

„A. over de bewijskracht van de schulderkenning van den curator, die den aannemer vervangt in het beheer zijner goederen, de Staat niet wil twisten met de eisch^{sse} S. & Co., maar de beoordeeling daarvan gaarne aan den H.-R. overlaat;

„Zoo verklaart Mr. C. J. François, als proc. van den gedaagde, te persisteren bij de bereids genomen conclusie."

Voor J. V., schipper te Hardinxveld en J. J. v. d. V., schipper te Roosendaal, gevoegde partij in dit geding, heeft hun procureur Mr. C. Jentink de volgende conclusie genomen:

„A. de Staat op 24 Aug. 1881 heeft aanbesteed aan F. S., te Andel, het maken van een werk te Werkendam, bestaande in het bestorten van een uitwateringskanaal, dat door den stroom te veel was uitgeschuurd, met grove grint;

„A. J. V., schipper te Hardinxveld, benevens de schippers, sub 1, 2, 4, 6, 7, 8 en 15 genoemd als eischers, bij dagvaarding dd. 2 Oct. 1883, van den primitieven aannemer hebben aangenomen, althans gedeeltelijk, de benoodigde grove grint ter plaatse voornoemd te storten;

„A. de schippers derhalve zijn onder-aannemers en daarom ten onregte door de eischende handelsvennootschap onder de firma S. & Co. beweerd wordt, dat zij geen gebruik kunnen maken van het voorregt bij a. 1650 B.-W., hun toegekend, doch hunne schade hadden moeten verhalen op de lading;

„A. die bewering is in strijd met de wet niet alleen, doch ook met de billijkheid, omdat de lading grint, van eene bijzondere grofheid, voor geen ander doel dan voor het aangenomen werk bruikbaar was, en daarom in den gewonen handel geen cent waarde had;

„A. de Staat eene vreemde houding aanneemt ten aanzien der kosten; dat die toch hierop neêrkomt dat niemand zijn

schuld zou behoeven te betalen, tenzij de schuldige bij vonnis daartoe was veroordeeld, eene stelling die zeker niet waar is, en niet te hopen is, dat ooit waar zal worden, daar zij eene belemmerende beweging van groote afmeting in handel en maatschappelijk verkeer zou teweeg brengen;

"A. de opvatting veel gezonder is, dat ieder moet weten wie zijn schuldenaar is;

"A. de Staat *in casu* zeer goed weet aan wien hij schuldig is, daar toch bij missives onder n° 200 van 7 Febr. 1882 van wege het Ministerie van Waterstaat, Handel en Nijverheid door den ingenieur C. D. B., gevestigd te Dordrecht, de schippers zijn uitgenoodigd, om de gelden bij elke missive specifiek opgegeven, door den Staat hun verschuldigd, door een gemagtigde in ontvangst te doen nemen, terwijl deze uitnoodiging nog wordt bevestigd door een missive van dezelfde dagteekening en van denzelfden ingenieur aan den deurwaarder J. P. te Gorinchem, waarbij de genoemde ingenieur dien deurwaarder verzoekt pogingen aan te wenden om te bewerken dat de schippers gezamentlijk hun magtiging aan hem deurwaarder zullen verstrekken;

"A. alzoo de Staat, wetende en erkennende aan wien schuldig te zijn, aan de schippers het hun toekomende had moeten uitbetalen en door zijn moedwillig verzuim oorzaak is van deze procedure, zoodat, mogt de H.-R. de schippers in het gelijk stellen, de Staat in de kosten der procedure zal moeten worden veroordeeld;

"Zoo verklaart Mr. C. Jentink qq. te persisteren bij conclusie, conform de dagvaardingen."

In antwoord daarop deed de Staat door zijn proc. Mr. C. J. François, aan alle partijen of hun vertegenwoordigers de verklaring afleggen:

"dat de Staat aan elk der gevoegde partijen aanbiedt uit te betalen het bedrag, dat door den H.-R. bij te wijzen arr. voor elk der partijen zal worden vastgesteld, concluderende

voornoemde proc., dat bij arr. zal worden verklaard dat de Staat met dit aanbod en de volbrenging daarvan kan volstaan; en dat elk der gevoegde partijen zal worden veroordeeld in de kosten ten behoeve van den Staat."

In deze zaak heeft de Adv.-G. Polis, namens den Proc.-G., de volgende conclusie genomen:

„Bij exploit van 7 Mei 1883 dagvaardde de handelsvennootschap onder de firma S. & Co. den Staat der Nederl. tot betaling van ƒ 4441.71, zijnde het restant van hetgeen door den Staat wegens eene aanneming van werk, bestaande in het verzwaren van den binnenberm van een gedeelte van den linkerbandijk der Nieuwe Merwede, en het nemen van verdere voorzieningen tegen de kwel bij genoemde bedijking onder Werkendam, verschuldigd is aan F. S. Mz., die zijne vordering te dier zake, bij acte van 12 Sept. 1881, den 15n d. a. v. aan den Staat beteekend, aan genoemde handelsvennootschap heeft gecedeerd. Die dagvaarding geschiedde nadat de Staat op 16 April bevorens tot betaling van het gevorderde bedrag was gesommeerd. Maar op 25 April 1883, dus na de sommatie, doch vóór de dagvaarding der firma S & Co., werd de Staat gedagvaard door J. V., zich noemende schipper, tot betaling eener som van ƒ 159.60, die genoemde V. beweert hem als *vergoeding voor overligdagen* verschuldigd te zijn, en naar aanleiding van a. 1650 B.-W. van den Staat te kunnen vorderen, zulks op grond, dat hij van den aannemer S. ten behoeve van het aangenomen werk, aangenomen hebbende het vervoeren en ter aangeduider plaatse op het werk leveren en storten van eene hoeveelheid grint, in de maand November 1881, met zijne lading, ten gevolge van het faillissement van den aannemer, buiten de gewone ligdagen, 21 dagen ter plaatse heeft moeten vertoeven. Daarna, en wel op 2 Oct. 1883 werd de Staat andermaal, weder op grond van a. 1650 B.-W. gedagvaard door J. J. v. d. V. en 14 anderen, allen *schippers* in na te melden arr. van 23

Nov. 1883 genoemd, tot betaling van onderscheidene sommen, verschuldigd aan eenige dier schippers, voor *overligdagen door niet tijdige lossing ten gevolge van het faillissement van den aannemer van de door hen ten behoeve van het werk aangevoerde grint*, aan de anderen, wegens *niet uitbetaald loon voor het door hen ten behoeve van het aangenomen werk, vervoeren en ter plaatse storten van grint of grond*, en bij arr[n]. van 22 Junij en 23 Nov. 1883 werden die drie zaken, op verzoek van den Staat gevoegd om als ééne zaak door partijen te worden behandeld en voldongen en door den Raad te worden beregt.

„De Staat bestrijdt noch de vordering der eischende firma noch die der schippers, maar refereert zich deswege aan het oordeel van den Raad, onder opmerking alleen, dat er nog andere, niet gedagvaard hebbende *schippers of vletters* bestaan, die eene zelfde pretensie ten laste van den aannemer hebben, en waarvan dus het bedrag, werd de eisch dezer schippers toegewezen, mede op het door de eischende firma gevorderde bedrag zou moeten worden gekort, terwijl overigens de Staat aanbiedt aan ieder der partijen uit te betalen het bedrag, dat door den Raad zal worden vastgesteld, en concludeert, dat zal worden verklaard, dat de Staat met dit aanbod en de volbrenging daarvan kan volstaan, en dat elk der gevoegde partijen zal worden veroordeeld in de kosten ten behoeve van den Staat.

„Daartegen beweert de eischende firma, dat de Staat het proces heeft noodzakelijk gemaakt, en dus, indien wordt uitgemaakt, dat de Staat het gevorderde bedrag aan de firma betalen moet, hij ook in de kosten tegenover die eisch[sse] zal moeten veroordeeld worden; dat aan die eisch[sse] hare vordering zal moeten worden toegewezen, omdat *schippers of vletters* voor *vergoeding wegens overligdagen* en voor *vracht* geene aanspraak kunnen maken op het voorregt van a. 1650 B.-W.; dat, al werd het tegendeel door den H.-R. uitgemaakt,

dan toch niet op de aannemingssom zou kunnen gekort worden hetgeen verschuldigd is aan schippers en vletters, die hunne regtsvordering nog volstrekt niet, of eerst nadat de eischende firma had gedagvaard, hebben aangelegd; dat ook het bewijs ontbreekt, dat aan de schippers en vletters verschuldigd is, wat zij in regten vorderen of de Staat in zijne conclusie als hunne pretensie opgeeft.

„Bewijs voor hunne vordering hebben de schippers, die als eischers in dit geding optreden, niet aangeboden, maar volhoudende, dat zij hun regt van vorderen tegen den Staat ontleenen aan a. 1650 B.-W., hebben zij bij hunne conclusiën conform de dagvaarding gepersisteerd, onder opmerking evenwel, dat het werk zou bestaan hebben in *het bestorten van een uitwateringskanaal*, en dat de eischer V. en de eischers in 's Raads arr. van 23 Nov. 1883, sub 1, 2, 4, 6, 7, 8 en 15 genoemd, *dat bestorten* hadden onder-aangenomen, welke feitelijke bewering echter in strijd is met het ter dagvaarding geposeerde, ook niet is bewezen, en dus ook van geen invloed op de te geven beslissing kan zijn.

„De vordering der zoo even genoemde schippers is dus niets anders dan eene vordering tot *vergoeding voor overligdagen*, en wat de overige schippers vorderen heet wel in de dagvaarding *loon*, maar is in werkelijkheid *vracht*, *vletloon*, zooals het door die schippers zelven in hun request tot gratis-admissie genoemd wordt.

„De vraag is dus in de eerste plaats, of ter zake van dit een en ander door de schippers tegen den Staat, als aanbesteder van het werk, ex a. 1650 B.-W. kan worden geageerd.

„A. 1650 is, met bijvoeging van het woord „smids" de letterlijke vertaling van a. 1798 *C.-C.*, dat, zooals het Hof van cassatie bij zijne door LAURENT XXVI p. 92, noot 1 en 2 aangehaalde arr[n] besliste: „*edicté pour protéger le travail, n'est applicable qu'aux ouvriers réclamant le prix de la main d'oeuvre*" en „*qu'il résulte des termes mêmes de l'article, que le législateur*

»a eu en vue les ouvriers proprement dits, dont il s'est proposé »de garantir le salaire. „L'art. 1798 n'a été fait", leert TROPLONG: *Du contrat de louage* n° 1052, *»qu'en faveur de »ceux dont le travail manuel a aidé à la construction ou à la »confection de l'ouvrage.*" Ook onze wet spreekt duidelijk; het zijn de metselaars, timmerlieden, smids en andere *ambachtslieden*, die het *jus singulare* van a. 1650 kunnen inroepen, niet een ieder die door eenige praestatie of arbeid tot het maken van het aangenomen werk heeft medegewerkt, en het zijn dus ook bij ons alleen de eigenlijk gezegde ambachtslieden, die de wetgever voor het door hen verdiende bij het werk in bescherming heeft willen nemen. En daarom meen ik, dat schippers en vletters voor vracht of vletloon of vergoeding voor overligdagen zich niet op a. 1650 B.-W. kunnen beroepen, omdat zij niet zijn *ambachtslieden* in den eigenlijken zin van dat woord, en *vracht*, *vletloon*, *vergoeding voor overligdagen* niet kan aangemerkt worden als arbeidsloon, vermits het in de eerste plaats, ja voor wat de vergoeding voor overligdagen betreft, uitsluitend is verschuldigd voor het gebruik van het schip. Ik moet echter erkennen, dat deze opvatting in strijd is met een, mede door LAURENT, ll., aangehaald arr. van het Hof van Bordeaux, dat echter is anterieur aan de zooeven medegedeelde uitspraken van het Hof van cassatie en daarmede in strijd schijnt te zijn.

»Maar, gesteld de schippers en vletters zijn wel *ambachtslieden*, die voor vergoeding wegens overligdagen en voor vracht van a. 1650 gebruik kunnen maken, is dan de vordering van allen ontvankelijk, ook van diegenen, die na de eischende firma gedagvaard hebben, en kan de Staat dan onder zich houden zooveel als noodig is, om aan andere schippers en vletters, die volstrekt niet gedagvaard hebben, te betalen wat zij van den aannemer te vorderen hebben? Ik geloof het niet. Tusschen dengene voor wien het werk gemaakt wordt en de ambachtslieden, die de aannemer bezigt, bestaat

geenerlei regtsband. De aanbesteder van het werk heeft niet met hen gecontracteerd, er is niet voor hen gestipuleerd en zij zijn niet zijne *negotiorum gestores*.

»De aannemingssom is de aanbesteder aan den *aannemer* schuldig, niet aan de ambachtslieden, en wanneer de wet niettemin aan deze laatsten toekent eene regtsvordering tegen den aanbesteder van het werk ten beloope van hetgeen deze *»aan den aannemer schuldig is"* op het oogenblik, dat zij hunne regtsvordering aanleggen, dan is dit *revera* niets anders dan de toekenning aan de ambachtslieden van het regt, om ten hunnen bate, ter concurrentie van het hun van den aannemer toekomende bedrag, tegen den aannemer in te stellen de actie welke de aannemer tegen den aanbesteder heeft. En daaruit volgt voor deze zaak, 1° dat de Staat, die niet tegenover de door den aannemer gebezigde werklieden verbonden is, maar alleen aan hen betalen moet, als zij het regt van actie van den aannemer, ter concurrentie van het hun van den aannemer toekomende, tegen hem uitoefenen, niet ten behoeve van *ambachtslieden, die niet ageren*, kan onder zich houden wat hij *aan den aannemer schuldig is*, en 2° dat de schippers, die hunne actie hebben ingesteld, nadat reeds door den cessionaris, die in de regten van den aannemer getreden is, was gedagvaard, in hunne vordering niet-ontvankelijk zijn, omdat zij niet nogmaals kunnen uitoefenen de actie van den aannemer, die deze reeds òf zelf òf door zijn regtverkrijgende uitgeoefend heeft en uitoefenen mogt, terwijl dan ook eene tegenovergestelde opvatting zou leiden tot eene gedeeltelijke ontzegging van de vordering van den aannemer, die toen hij ze instelde, en naar dat oogenblik moet de zaak beoordeeld worden, gegrond was. Ook om die reden geloof ik, dat de vordering van de schippers, die na de eischende firma gedagvaard hebben, niet-ontvankelijk is.

»Bij de vraag: of wel bewezen is, dat de schippers, die gedagvaard hebben en diegenen die in de conclusie van den Staat zijn genoemd, het geëischte of in die conclusie uitge-

drukte bedrag te vorderen hebben, behoef ik dus niet stil te staan; maar kan ik mij bepalen tot de opmerking, dat van eenige erkenning daarvan door den Staat tegenover de schippers niet blijkt, daargelaten dat die erkenning dan toch den regtverkrijgende van den aannemer niet zou binden of benadeelen kunnen, en dat overigens geen ander bewijs voor de vordering der schippers ten processe voorhanden is dan een door den Staat geproduceerde, de dagteekening van 17 Jan. 1882 dragende *„Staat van arbeidsloonen, vrachten, vaartuighuur en lig„gelden, onbetaald gebleven door de staking van het werk ten „gevolge van het faillissement van den aannemer,"* met eene daarop gestelde verklaring van den curator in het faillissement, dat de in dien staat uitgedrukte vorderingen zijn *ten laste van den faillieten boedel en magtiging van den curator om die vorderingen te voldoen op de aan den gefailleerde nog toekomende gelden*, op welk stuk echter, vermits het niet is gezegeld en niet is geregistreerd, welke overigens ook, òf op zich zelf òf met het oog op de voorwaarden van aanbesteding, de bewijskracht daarvan zou kunnen zijn, geen regt kan worden gedaan.

„Eindelijk is nog te beantwoorden de vraag: wie in de kosten moet worden veroordeeld. Volgens den Staat zou de eischende firma eigenlijk tegenover de schippers de betwistende partij zijn, en zou dus de Staat buiten kosten moeten blijven, ook al wordt de vordering der eischende firma toegewezen, die der schippers niet-ontvankelijk of ongegrond verklaard. Ik geloof niet dat dit juist is. De eischende firma staat niet tegenover de schippers, en deze niet tegenover die firma, maar firma en schippers staan tegenover den Staat, die door hen tot betaling is gedagvaard, en de voeging der drie zaken heeft daarin geene verandering gebragt, maar alleen de gelijktijdige beregting dier zaken ten gevolge. Worden dus de schippers in hunne vordering tegen den Staat niet-ontvankelijk verklaard, dan moeten zij als de tegenover den Staat in het ongelijk gestelde partij in de kosten op hunne vordering aan

de zijde van den Staat gevallen, veroordeeld worden; en wordt de vordering van de eischende firma toegegeven, dan moet de Staat in de kosten aan de zijde dier firma gevallen, veroordeeld worden, omdat de Staat dan tegenover die firma is de subintrerende partij, die, in plaats van te betalen wat zij moest betalen, eene veroordeeling, die zij had kunnen voorkomen, gewild en het proces noodzakelijk gemaakt heeft.

„Ik heb mitsdien de eer te concluderen tot toewijzing van de vordering der eischende firma, en niet-ontvankelijkverklaring van die der overige eischers, met veroordeeling van den Staat in de kosten aan de zijde der eischende firma, en van de overige eischers in die aan de zijde van den Staat op hunne vordering gevallen."

ARREST. — De H.-R. d. Ned. — Op het beroep van, enz.;

„Partijen gehoord;

„Gehoord den Adv.-G. enz.;

„Gezien de stukken, en daaronder bepaaldelijk de twee arr^n^ van den Raad van 22 Junij 1883 en 23 Nov. 1883, waarbij de verschillende zaken tegen den Staat ten deze aanhangig, gevoegd zijn, met reserve van kosten;

„O., dat de Staat, na daarop vooraf bij deurwaarders-exploit gesommeerd te zijn geworden, door de eischende firma gedagvaard is 7 Mei 1883 tot betaling eener som van *f* 4441.71, met renten en kosten, op grond dat, hoewel aan haar door den aannemer T. S. Mz. zoude zijn gecedeerd al hetgeen deze, wegens eene aanneming van werk onder de gem. Werkendam, van den Staat ter concurrentie eener som van *f* 26,600 te vorderen zou hebben, de betaling van genoemd bedrag van *f* 4441.71 van de aannemingsom door den Staat zou zijn ingetrokken of liever voorloopig geweigerd, op grond dat van onderscheidene schippers, vletters enz., die tot dat bedrag eene vordering tegen den cedent zouden hebben, hetzij wegens niet uitbetaald loon voor het door hen ten behoeve van het aangenomen werk vervoeren en ter plaatse storten van grint of

grond, eenigen het voorregt van a. 1650 B.-W. tegen den Staat als aanbesteder zouden inroepen;

„O., dat dan ook den 25 Apr. 1883 de Staat ter dier zake gedagvaard is door schipper J. V., en op 2 Oct. daaraanvolgende door de overige, aan het hoofd dezes genoemde schippers, tot betaling van verschillende geldsommen, die hun, ter zake voormeld, van genoemden aannemer zouden toekomen, en waarvan de betaling, naar hunne bewering, ingevolge genoemd wetsa., door hen onmiddellijk van den aanbesteder van het werk zou kunnen gevorderd worden;

„O., dat gedaagde tegenover deze beide vorderingen zonder de daarbij aangevoerde feiten te betwisten en zich over het regtspunt uit te laten, bij conclusie van antwoord heeft aangeboden aan elk der partijen uit te betalen het bedrag dat door den H.-R., bij te wijzen arr., voor elk der partijen zal worden vastgesteld, concluderende dat hij met dit aanbod en de volbrenging daarvan kan volstaan, en dat elke der gevoegde partijen te zijnen behoeve zal worden veroordeeld in de kosten;

„O. daarentegen, dat de eischende firma de vorderingen der overige eischers tegen den Staat bestreden heeft, de juistheid van de daarbij geëischte geldsommen, als niet genoegzaam gestaafd, ter loops betwistende, doch hoofzakelijk bewerende dat de bepaling van a. 1650 ten deze alle toepassing missen zou; dat mitsdien hunne vorderingen voor geene toewijzing vatbaar zijn, en de Staat niet geregtigd is op grond daarvan het aan de eischende firma toekomende terug te houden en daarvoor regterlijke tusschenkomst noodig te maken, van welke de kosten mitsdien ook ten zijnen laste zouden moeten komen;

„O. mitsdien, dat de beslissing der beide gevoegde zaken in de allereerste plaats afhangt van de uitlegging te geven aan het voorschrift van a. 1650 B.-W.; — dat dit a. bij uitzondering op den algemeenen regel eene regtsvordering toekent

aan eenige daarbij genoemde personen uit eene overeenkomst, die zij met derden hebben aangegaan, en dat voor geene analogische uitbreiding tot andere dan de daarbij bepaald opgenoemden, vatbaar is;

„O. nu, dat schippers, naar het gewoon spraakgebruik, niet gerangschikt worden onder ambachtslieden, die gelijk metselaars, timmerlieden en smeden tot het zetten van een gebouw of het maken van eenig ander aangenomen werk gebezigd worden, en a. 1650 voormeld alleen aan die personen eene regtsvordering toekent;

„O., dat de door J. V. en de 15 overige schippers beweerde aanspraken dus evenmin krachtens dat a. als eenige andere wetsbepaling tegen den gedaagde als aanbesteder ten deze geldig kunnen gemaakt worden, en zij in hunne daartoe strekkende vorderingen niet-ontvankelijk verklaard moeten worden, terwijl die vorderingen ook geen reden voor den Staat opleveren om het door de eischende firma van hem gevorderde niet te betalen;

„O., dat de Staat niettemin 's regters tusschenkomst en beslissing daarvoor noodzakelijk gemaakt hebbende, ook verpligt is de kosten daarvan te dragen;

„Veroordeelt den gedaagde om aan de eischende firma tegen behoorlijk bewijs van kwijting ter zake voorschreven, te betalen de som van *f* 4441.71, met de renten ad 5 pCt. sedert den dag der dagvaarding;

„Veroordeelt den gedaagde in de kosten van den processe op die vordering gevallen, daaronder begrepen die bij de arr^{n} tot voeging, voor zooveel de Staat daarbij betrokken was, voorbehouden;

„Verklaart voorts de overige eischers niet-ontvankelijk in hunne vorderingen;

„Veroordeelt hen in de kosten op die vorderingen gevallen, daaronder begrepen die bij de arr^{n} tot voeging, voor zooveel elk dier eischers betreft, voorbehouden."

N° 1940. — Arrest van 13 Maart 1885.

(A. 289, 291, 292 j° 289 B.-R. — A. 53 R.-O., a. 126 en 129 B.-R., a. 577 en 1902 B.-W.; a. 1 en 2 van het Kon. besluit van 17 Junij 1875, *St.* n° 134; en a. 1, 2, 12, 13, en 14 van het daarbij vastgestelde Regl. op het bevisschen der Schelde en Zeeuwsche stroomen.)

Behoort eene vordering tot opheffing eener belemmering in de uitoefening van een burgerlijk regt tot de competentie der regterlijke magt? — Ja.

Kan de vraag of hier uithoofde van onverwijlden spoed onmiddellijke voorziening werd geëischt, een onderzoek in cassatie uitmaken? — Neen.

Is, blijkens a. 1 van het Kon. besluit van 17 Junij 1875 dit besluit, evenals het daarbij vastgesteld Regl., beperkt tot de tot het domein van den Staat behoorende visscherijen op de Schelde en Zeeuwsche stroomen? — Ja.

De Staat der Ned., vertegenwoordigd door Z. E. den Min. van Financiën, als uitoefenende het bestuur der Domeinen, en C. J. B., hoofdopzigter der visscherij op de Schelde en Zeeuwsche stroomen, wonende te Bergen-op-Zoom, ten deze vertegenwoordigd door Mr. G. M. van der Linden, adv. bij den H.-R., heeft zich in cassatie voorzien tegen een tusschen partijen 10 Mrt. 1884 gewezen arr. van het Geregtshof te 's Gravenhage, en bij dagvaarding den verw. in cassatie doen aanzeggen:

»A. het tusschen partijen *in facto* vaststaat dat, — zonder verlof van het bestuur der visscherijen op de Schelde en Zeeuwsche stroomen, ingesteld bij Kon. besluit van 17 Julij 1875, *St.* n° 134, — in den Zeeuwschen stroom voor Zierikzee pannen ter oestervisscherij zijn gelegd; dat van wege dat bestuur begonnen is die pannen op te ruimen, en de verw. in cassatie zich daartegen in kort geding voor den President der regtb. te Zierikzee heeft verzet, zich grondende op beweerde huur van de gemeente Zierikzee, die eigenaar der plaats in de rivier zou zijn, waar die pannen zijn gesteld;

»A. daarop door dien President aan dat Bestuur, alzoo handelende ter uitvoering van gezegd Kon. besluit en het

daarbij vastgesteld Regl. verboden is de pannen op te nemen, en geboden die pannen in strijd met het Regl., weder ter plaatse te brengen en verder als in den breede in die presidiale beschikking is te lezen;

„A. die beschikking is bevestigd door het Hof te 's Gravenhage bij het arr. van 10 Mrt. 1884, waartegen in cassatie wordt opgekomen;

„I. A. deze zaak lag buiten de grenzen van de regtspraak der regtb. en mitsdien van den voorzitter;

„A. voorts a. 289 B.-R. de bevoegdheid verleent om bij den voorzitter der regtb., in gevallen waarin het belang van partijen eenige onverwijlde voorziening bij voorraad vordert, die vordering in te brengen, en aan dien president om daarop uitspraak te doen, zooals bij a. 291 staat omschreven;

„A. zoodanig geval hier niet bestond, omdat de zaak wel uitstel gedoogde, zonder onherstelbaar nadeel te weeg te brengen, maar de beschikking van den voorzitter onherstelbaar nadeel moest te weeg brengen en ook heeft veroorzaakt, — terwijl daarbij punten zijn behandeld, die voor het minst verwijzing naar de gewone wijze van regtspleging noodig maakten;

„A. uit dien hoofde zijn geschonden of verkeerd toegepast de a. 289, 291, 292 B.-R., omdat hier is regtgesproken, is geboden en verboden buiten zin en strekking der bepalingen van de wet;

„II. A. voorts bij dat arr., evenals bij de beschikking van den president, is miskend de algemeene strekking van bovenbedoeld Kon. besluit en Regl., de uitvoering en toepassing daarvan verkeerdelijk zijn gestremd, en alzoo indedaad iets is gedaan, waartoe de regterlijke magt is onbevoegd;

„A. dit Regl. als strafbare en te weren daad aanwijst: het visschen op eenigerlei wijze zonder behoorlijk consent; en geen verzet tegen de met de politie op de Schelde en Zeeuwsche stroomen belaste ambtenaren weerhouden mag, dan door overlegging van een behoorlijk consent;

„A. het *in facto* vaststaat dat zoodanig consent niet bestaat;

„A. voorts bij het arr., evenals bij de presidiale beschikking, de regel is verwaarloosd, gesteld bij a. 577 B.-W., dat aan den Staat behooren alle rivieren en stroomen, *tenzij* bewezen zij dat daarop vroeger een privaat regt verkregen was, en het leveren van zoodanig bewijs is onnoodig verklaard;

„A. uit die teekening van a. 577 onmiskenbaar volgt dat de van Staatswege gemaakte regels over elk punt van dat beheer der rivieren en stroomen moeten worden nageleefd;

„A. dat, wanneer men het Besluit en Regl. zoo beperkt vermogt op te vatten, dat deze dáár niet kunnen werken, maar op een deel der rijkswateren een bijzonder regt van eigendom verkregen ware, dan ten onregte door President en Hof als noodeloos wordt ter zijde gezet de noodzakelijkheid om den grond te leveren voor de deugdelijkheid van het gedaan verzet en voor de regtvaardiging van de presidiale interdictie, — dat is de noodzakelijkheid om het bewijs van verkregen regt te leveren;

„A. bij gemis van dat bewijs de vordering van den verw. had moeten zijn afgewezen;

„A., in stede daarvan, Hof en President den regel van a. 577 hebben omgekeerd, door volvoering en toepassing van de door den Koning gestelde regels onregtmatig te achten, zoolang door het Bestuur niet geleverd zal zijn het negatief bewijs, dat ter bedoelde plaatse geen privaat-regt bestaat; en

„daardoor zijn gezonden en verkeerd toegepast a. 53 R.-O., a. 126 en 129 B.-R., a. 577 en 1902 B.-W., de a. 1 en 2 van het Kon. besluit van 17 Junij 1875, *St.* n° 134, en de a. 1, 2, 12, 13 en 18 van het daarbij vastgesteld Regl.;

„Geschiedende de dagvaarding voormeld ten einde bij arr. van den H.-R. der Ned. te hooren vernietigen het arr. van het Geregtshof te 's-Gravenhage dd. 10 Maart 1884 en de presidiale beschikking van den heer voorzitter der arr.-regtb. te Zierikzee dd. 7 Aug. 1882, met afwijzing der

bij dien president ingebragte vordering; — of, subordinaat, tot verwijzing naar de regtb. te Zierikzee."

Voor den verw. in cassatie, vertegenwoordigd door Mr. VLIELANDER HEIN, is de volgende conclusie van antwoord genomen:

„A. wat betreft het *eerste middel*, de eischers daarbij herhalen hunne grief, ook in hooger beroep aangevoerd, dat de zaak lag buiten de bevoegdheid van de regterlijke magt in het algemeen en buiten de bevoegdheid des voorzitters in het bijzonder;

„A. wat de eerste bewering betreft, het arr. beslist dat de vordering is een eisch wegens beweerde belemmering in de uitoefening van een burgerlijk regt, en dat zoodanige vordering zeer zeker behoort tot de competentie van de regterlijke magt;

„A. tegen deze, trouwens juiste beslissing geen enkel a. als geschonden wordt aangevoerd en de bewering van het *middel* in dat opzigt dus al dadelijk moet worden verworpen;

„A. wat voorts betreft de betwisting der competentie van den voorzitter in kort geding en de bewering dat de zaak naar de gewone zitting had moeten zijn verwezen, een en ander afstuit op de feitelijke beslissing omtrent de urgentie der zaak, en overigens de onbepaalde bewering van het *middel*, dat de gevraagde beschikking onherstelbaar nadeel moest teweeg brengen, en ook heeft teweeg gebragt, mede afstuit op de feitelijke beslissing, dat de in kort geding gevraagde veroordeelingen de strekking hadden om partijen te brengen in den toestand, waarin zij verkeerden vóór dat van wege den Staat een aanvang werd gemaakt om op het beweerde regt des klagers inbreuk te maken;

„A. wat betreft het *tweede middel* de eischers zich daarbij beklagen, dat de regter het aangehaald Zeeuwsche Visscherij-regl. niet *indistincte* heeft toegepast, en dat van den verw. geen eigendomsbewijs is gevorderd;

„A. de tweede grief haar wederlegging vindt in de opmer-

king, dat het hier gold eene beslissing in kort geding, doch niet eene beslissing ten principale, en dat slechts maatregelen werden gevraagd om partijen terug te brengen in den toestand zooals die was vóór dat de eischers daarin feitelijk haddeningegrepen;

»A. mitsdien, gelijk de 12e overw. van het arr. teregt opmerkt, het eigendomsbewijs evenzeer vreemd was en moest blijven aan de zaak als de beslissing over den eigendom, en zulks nog te meer, omdat de eigendom van des klagers auteur noch door den Staat noch door den heer B. uitdrukkelijk werd betwist, doch veeleer werd beweerd dat, onverschillig of de grond of het water waar gevischt was, behoorde aan den verw. of diens auteur, de Staat in elk geval, op grond van a. 12 van het Zeeuwsche Visscherij-regl., het visschen feitelijk vermogt te beletten, waar niet was verkregen vergunning van het Domein-bestuur;

»A. derhalve alleen was te beslissen de vraag, of het waar was dat over de daad van eigen rigting, door het Domein-bestuur ondernomen, niet vermogt te worden geklaagd, omdat, gelijk het Domein-bestuur beweerde, het aangehaalde Regl. overal en zonder onderscheid op de Zeeuwsche stroomen toepasselijk was, dan wel of dat Regl. zich beperkte tot die gronden, waarvan het vaststaat, dat zij behooren tot het Domein van den Staat;

»A. nu het *middel* tegen de beslissing: dat het Regl. zich beperkt tot het Domein van den Staat en de beweerde eigendoms- of bezitregten van derden niet praejudicieert, veelmin feitelijk te niet doet, ten onregte opkomt, omdat die beperkte strekking uit de woorden zelve van het Besluit volgt, omdat voorts de onbeperkte strekking, die de eischer aan het Regl. zou willen geven, ook kennelijk 's Konings bevoegdheid zou te buiten gaan, en omdat dan ook de Regering zelve, bij gelegenheid der beraadslagingen over a. 9 der wet van Junij 1881, *St.* no 76, de beperkte strekking van het Regl., gelijk die was aangenomen bij 's H.-R's arr. van 3 Junij 1878 (*N. Rspr.* CXIX, § 10; v. D. HON. *G.-Z.*, XXXI, 75), uitdruk-

kelijk èn voor toen èn voor 't vervolg tot de hare heeft gemaakt;

„Zoo wordt voor den verw. geconcludeerd tot verwerping van het beroep; kosten regtens."

Namens den Proc.-G., heeft de Adv.-G. Polis, de volgende conclusie genomen:

„De verw. in cassatie, bewerende in zijn regt om de kunstmatige oesterteelt uit te oefenen op de door hem van de gemeente Zierikzee in gebruik verkregen, aan deze toebehoorende buitengronden of vooroevers ten zuiden van den Zeedijk van Schouwen, belemmerd te zijn door den eischer B, doordien deze eenige van de door hem verw. vóór en op den kreukelberm van den Zeedijk van den Zuidhoek onder Zierikzee gelegde pannen, heeft doen wegnemen en laden in een in de nabijheid liggend vaartuig, heeft genoemden B. gedagvaard in kort geding voor den president der arr.-regtb. te Zierikzee, om zich te hooren veroordeelen de wegneming der pannen op bovenbedoelde gronden te staken, en de reeds geladen pannen terug te brengen ter plaatse van waar zij zijn weggenomen, met magtiging op hem verw. om zich, desnoods met behulp van den sterken arm, de uitvoering dier veroordeeling te verzekeren. Nadat de Staat in dit geding als intervenient was toegelaten, is de ingestelde vordering toegewezen, en bij het arr. van het Geregtshof te 's Gravenhage, waartegen deze voorziening is gerigt, is de presidiale uitspraak bevestigd.

„Het *eerste middel* heet: schending en verkeerde toepassing van de a. 289, 291, 292 B.-R., omdat hier is regt gesproken, is geboden en verboden buiten zin en strekking der bepalingen van de wet, vermits deze zaak lag buiten de grenzen van de regtspraak der regtb., en mitsdien ook van den voorzitter, en hier niet bestond het geval, dat het belang van partijen eene overwijlde voorziening bij voorraad vorderde, daar deze zaak wel uitstel gedoogde zonder onherstelbaar nadeel te weeg te brengen, maar de beschikking van den Voorzitter onherstelbaar nadeel moest te weeg brengen en

ook heeft veroorzaakt, terwijl daarbij punten zijn behandeld, die voor het minst verwijzing naar de gewone wijze van regtspleging noodig maakten.

„Verkeerde toepassing van a. 148 der Grondw. of van a. 53 R.-O. is bij dit *eerste middel* niet gesteld, en dat de Voorzitter zou zijn *incompetent*, omdat de zaak niet zou behooren tot de competentie van de regtb., dat blijkt uit geen der in het *middel* aangehaalde wetsbepalingen.

„Het is overigens ook onjuist, omdat, zooals het Hof teregt in de 3e en 4e overw. *quoad jus* beslist, blijkens de introductieve dagvaarding, die ter beoordeeling van de bevoegdheid des regters tot maatstaf moet dienen, de vordering van den oorspronkelijken eischer, nu verw. daarop is gegrond, dat hij is belemmerd in de uitoefening van een hem toekomend burgerlijk regt. En nu is wel van de zijde des verw. in cassatie daartegen aangevoerd, dat B. de pannen van den verw. opruimende, handelde in zijne kwaliteit als opzigter der visscherij op de Schelde en Zeeuwsche stroomen, en het regt daartoe ontleende aan a. 12 van het bij Kon. besluit van 17 Julij 1875, *St.* n° 184, vastgestelde reglement, maar dat kan, indien het gegrond is, alleen ten gevolge hebben, dat de verw. moet geacht worden ten onregte beweerd te hebben, dat door de daad van B. op zijn burgerlijk regt inbreuk is gemaakt en dus zijne vordering had moeten zijn ontzegd, maar niet dat zijne vordering, gegrond op de bewering, dat hij door de daad van B. *in zijn burgerlijk regt is gelaedeerd*, niet is eene burgerlijke regtsvordering, die, krachtens a. 148 Grw., tot de kennis der regterlijke magt behoort, en krachtens a. 53 R.-O. van de competentie der regtb. is.

„Het *eerste middel* kan dus voor wat betreft de daarbij beweerde incompetentie van den Voorzitter wegens incompetentie der regtb. niet opgaan, en voor het overige stuit het af op de feitelijke beslissing in de 6e, 7e en 8e overw. van het arr., waarbij is uitgemaakt, dat wegens de schade, die

de eischer zou lijden, indien met het wegnemen van pannen werd voortgegaan, eene onverwijlde voorziening bij voorraad noodig was, en de van den President gevraagde maatregelen de strekking hebben, om, zonder de zaak ten principale te praejudiciëeren, partijen in den toestand te brengen, waarin zij verkeerden, vóór dat de app[t] B. een aanvang maakte om op het beweerde regt van den geïnt. inbreuk te maken.

„Het *tweede middel* is: schending en verkeerde toepassing van a. 53 R.-O., a. 126, 129 B.-R., 577, 1902 B.-W., 1 en 2 Kon. besluit van 17 Junij 1875, *St.* n° 134, en de a. 1, 2, 12, 13, 18 van het daarbij vastgestelde Reglement, omdat bij het arr., even als bij de presidiale beschikking, is miskend de algemeene strekking van bovenbedoeld Kon. besluit en Reglement, de uitvoering en toepassing daarvan verkeerdelijk zijn gestremd, en alzoo inderdaad iets is gedaan, waartoe de regterlijke magt is onbevoegd, en omdat, indien al het Kon. besluit en het Reglement zoo beperkt mogten kunnen worden opgevat, dat deze daar niet kunnen werken, waar op een deel der Rijkswateren een bijzonder regt van eigendom verkregen is, dan toch de regel van a. 577 B.-W. is verwaarloosd, daar in stede van het bewijs, dat volgens den regel van dat a. noodig was, van den nu verw. te vorderen, de uitvoering en toepassing van de door den Koning gestelde regels onregtmatig te achten, zoolang door het Bestuur niet geleverd zal zijn het negatief bewijs, dat ter bedoelder plaatse geen privaat regt bestaat.

„Het Hof is van oordeel, dat het Regl. alleen toepasselijk is op de aan den Staat toebehoorende visscherijen op de Schelde en Zeeuwsche stroomen, en indien dit niet zoo is, indien het Regl. betrekking heeft op het bevisschen der Schelde en Zeeuwsche stroomen in het algemeen en ook met die algemeene strekking verbindende is, dan volgt daaruit niet, dat de President was onbevoegd, maar dat de vordering ten onregte is toegewezen, vermits alsdan de daad van den opzigter

B., als gegrond op eene ook op de hier bedoelde buitengronden toepasselijke wettelijke verordening, geene inbreuk op het door den verw. beweerde burgerlijk regt kan hebben gemaakt, en dus ook in dat beweerde regt geene aanleiding bestaat om de wegruiming der pannen provisioneel te verbieden. De klagte over schending of verkeerde toepassing van de a. 53 R.-O., 126 en 129 B.-R. is dus in ieder geval ongegrond. En heeft het Regl. de beperkte strekking, die het Hof daaraan toekent, dan zijn ook de a. 577 en 1902 B.-W. niet geschonden of verkeerd toegepast, omdat in dit geding geene beslissing gevraagd of gegeven is over het door den nu verw. beweerde burgerlijk regt en dus ook geen beroep van dat regt te pas kwam, maar slechts is gevraagd en verleend eene provisioneele voorziening, die, zooals het Hof in de 8e overw. beslist, de strekking heeft om *zonder de zaak ten principale te praejudicieeren* partijen te brengen in den toestand, waarin zij verkeerden vóór de daad van B., terwijl ook in de 19e overw. van het arr., die het *middel* meer speciaal op het oog schijnt te hebben, de bewijslast niet is geïnterverteerd, maar de zin dier overweging geene andere is dan te doen uitkomen, dat, vermits tot dusverre niet blijkt, dat de slikken of buitengronden hier bedoeld, tot het domein van den Staat behooren, een beroep op de bepalingen van het Regl, niet voldoende is om tegenover de beweerde krenking van regt door de handeling van B., die handeling reeds nu als eene wettige toepassing van het Regl. te doen beschouwen, waardoor het beweerde burgerlijk regt niet kan zijn gekrenkt.

»Het is dus slechts de vraag of het Regl. van 1875 van zoo beperkte strekking is als het Hof oordeelt. Maar die vraag is reeds door den H.-R. in den zin van het beklaagde arr. beantwoord, *implicite* bij het arr. van 19 Maart 1877, *uitdrukkelijk* bij dat van 3 Junij 1878 (*Rspr.* CXV, 352 en CXIX, 66; v. D. HON, *J. en V.* VIII, 190 en *G.-Z.* XXVI, 75). In de zaak beslist bij eerstgemeld arr., was door den bekl., die vervolgd was ter

zake van niet-wegruiming van een door hem op het slik van den polder Bruinisse geplaatste haringweer, schorsing der strafzaak gevraagd op grond, dat de waardering van het ten laste gelegde feit zou zijn afhankelijk van een geschilpunt van burgerlijk regt, en de schorsing werd uitgesproken. Maar de H.-R. casseerde die uitspraak, niet echter op grond dat het Regl. zou hebben eene algemeene strekking en op alle gedeelten van de Schelde en Zeeuwsche stroomen, om het even wie daarvan eigenaar is, toepasselijk zou zijn, *maar op grond*, *dat de bekl. niet had beweerd*, *dat de ambachtsvrouw van Bruinisse*, *van wie hij de uitoefening van haar regt van visscherij zou ontleenen*, *eigenares zou zijn van dat gedeelte der rivier waar hij de bij dagvaarding bedoelde vaste inrigting voor eene haring-visscherij had gesteld*, *maar slechts dat zij daarop zou hebben een krachtens oude titels verkregen* REGT VAN VISSCHERIJ, *en zoodanig regt*, *al bestaat het*, *niet medebrengt de bevoegdheid om ter uitoefening daarvan eene vaste inrigting te hebben op eenen bevaarbaren en vlotbaren stroom of rivier*, *die krachtens a.* 577 *B*-*W. aan den Staat toebehoort.* De schorsing zou dus zijn gehandhaafd, indien des beklaagdes verdediging was geweest wat de bewering is van den verw. in deze zaak, dat degene, van wie hij zijn regt om te visschen ontleende, eigenaresse was van het slik waarop hij de vaste inrigting had geplaatst; en toen dan ook een jaar later eene zaak zich voordeed waarin de verdediging van den beklaagde daarop berustte, *dat de slikken in de Schelde en Zeeuwsche stroomen*, *waarop hij zonder consent van het bestuur der visscherij kreukels had geraapt*, *waren particulier eigendom*, schorste de Raad bij het tweede der zooeven aangehaalde arr[n] de strafvervolging, op grond, dat het Regl. van 1875 geene andere strekking heeft dan om de visscherij op die stroomen, *die overeenkomstig a.* 577 *B.-W. aan den Staat behooren*, te regelen; dat echter die regeling, blijkens de woorden van het Kon. besluit tot vaststelling van het Regl., *zich beperkt tot*

het domein van den Staat en alzoo geene betrekking heeft op aan anderen in eigendom toekomende slikken. En bij die op goede gronden berustende uitlegging, die ook de Regering bij gelegenheid der beraadslagingen in de Tweede Kamer over a. 9 der wet van 21 Junij 1881, *St.* n° 76, (*Bijbl.* 1880/81, p. 1338 en 1339 *in fine*) tot de hare heeft gemaakt, meen ik mij te moeten neerleggen, en ik geloof niet dat men zich daartegen, met den geëerden pleiter voor den Staat, op de algemeene strekking van het onder vigueur van a. 538 van den *Code* tot stand gekomen Regl. van 1825, *St.* n° 66, kan beroepen, juist omdat dit Regl. een uitvloeisel was van het domaniaal regt van den Staat *volgens het toen vigerende regt*, terwijl het Regl. van 1875 een uitvloeisel is van het regt, dat den Staat toekomt *uit a.* 577 *B.-W.*, welks beperkende slotbepaling in a. 538 van den *Code* niet voorkomt.

„Ik acht dus ook het *tweede middel* ongegrond en concludeer tot verwerping van het beroep, met veroordeeling van de eischers in de kosten."

ARREST. — De H.-R. d. Ned. — Op het beroep van, enz.;

„Gelet op de conclusiën van den Adv.-G. Polis, namens den Proc.-G., strekkende enz.;

„Gezien de stukken;

„O., dat als *eerste middel* van cassatie is voorgesteld: schending of verkeerde toepassing van de a. 289, 291 en 292 B.-R., omdat hier is regt gesproken, is geboden en verboden, buiten zin en strekking der bepalingen van de wet, daar de zaak lag buiten de grenzen van de regtspraak der regtb. en mitsdien ook van den voorzitter, en omdat hier het geval niet bestond bij a. 289 B.-R. bedoeld;

„O. daaromtrent, dat blijkens het bestreden arr. de vordering van den nu verw. in cassatie daarop is gebaseerd, dat hij door den nu mede-eischer in cassatie C. J. B. belemmerd was in de uitoefening van een hem toekomend burgerlijk regt;

„O., dat het Hof teregt heeft geoordeeld dat zoodanige

vordering behoort tot de competentie van de regterlijke magt;

„O., dat de vraag of er hier uit hoofde van onverwijlden spoed eene onmiddellijke voorziening werd vereischt, geen onderzoek kan uitmaken in cassatie;

„O., dat derhalve het *eerste middel* is ongegrond;

„O., dat als *tweede cassatie-middel* is aangevoerd: schending en verkeerde toepassing van a. 53 R.-O., de a. 126 en 129 B.-R., de a. 577 en 1902 B.-W., a. 1 en 2 van het Kon. besluit van 17 Junij 1875, *St.* n° 134 en de a. 1, 2, 12, 13 en 18 van het daarbij vastgestelde Regl., omdat bij het arr., evenals bij de beschikking van den president, is miskend de algemeene strekking van bovenbedoeld Kon. besluit en Regl., de uitvoering en toepassing daarvan verkeerdelijk zijn gestremd, en alzoo inderdaad iets is gedaan, waartoe de regterlijke magt is onbevoegd, en omdat het Hof en de president den regel van a. 577 B.-W. hebben omgekeerd, door uitvoering en toepassing van de door den Koning gestelde regels onregtmatig te achten, zoolang door het bestuur niet geleverd zal zijn het negatief bewijs dat ter bedoelde plaatse geen privaat regt bestaat;

„O. te dien aanzien dat, blijkens a. 1 van het Kon. besluit van 17 Junij 1875, dit besluit evenals het daarbij vastgestelde Regl. niet heeft eene algemeene strekking, maar beperkt is tot de tot het Domein van den Staat behoorende visscherijen op de Schelde en Zeeuwsche stroomen;

„O., dat van eene omkeering van den regel van a. 577 of a. 1902 B.-W. in deze geen sprake kan zijn, daar er geene bewijslevering is gelast, maar, overeenkomstig den aard van de procedure in kort geding enkel eene provisioneele voorziening is gevraagd en verleend;

„O., dat mitsdien ook het *tweede middel* is ongegrond:

„Verwerpt het beroep;

„Veroordeelt de eischers in de kosten daarop gevallen."

N° 1941. — Arrest van 13 Maart 1885.

(A. 201, 209 K.)

Heeft de voorlaatste houder van een orderbillet, die, ondanks te laat protest door den laatsten houder, dezen het bedrag met de proceskosten heeft geremboursеerd, volgens a. 201 en 209 K. regt van verhaal op den oorspronkelijken uitgever? — Neen.

De eischer van cassatie, vertegenwoordigd door Mr. G. Belinfante, adv. bij den H.-R. der Ned., heeft bij dagvaarding den verw. in cassatie doen aanzeggen, dat hij tegen het tusschen partijen gewezen arr. van het Geregtshof te Leeuwarden van 14 Mei 1884, de volgende grieven en *middelen* wenscht te doen gelden:

»A. feitelijk vaststaat 1° dat de verw. den eischer in cassatie bij de regtb. te Assen heeft gedagvaard tot betaling van eene som van *f* 250 met de renten en kosten, welke som door den eischer in cassatie zou zijn verschuldigd geweest wegens salaris en verschotten, den verw. volgens overeenkomst competerende als advocaat van den eischer in eene in de jaren 1875 en 1876, eerst voor de regtb. te Assen, daarna voor het Geregtshof te Leeuwarden gevoerde procedure tegen Mr. M. O. G., advocaat te Assen en 2° dat de eischer in cassatie deze vordering niet alleen in conventie heeft bestreden door overlegging van het bewijs eener schriftelijke overeenkomst van 20 Junij 1875, waarbij verw. erkende, ingeval eischer een proces verloor (hetgeen met de bedoelde procedure het geval was), dezen niets in rekening te zullen brengen, maar tevens eene tegenvordering instelde, ten einde te worden veroordeeld om aan den eischer in cassatie, tegen teruggave van een den 6n Jan. 1876 door den verw. aan den eischer in cassatie afgegeven orderbillet, te betalen 1° de som van *f* 743 met de wettelijke interessen dier som van den dag van het gedaan protest af, en 2° de som van *f* 10.91½ voor kosten van protest en registratie van het orderbillet;

„A. de regtb. te Assen bij vonnis van 17 Dec. 1883 de vordering in conventie onder voorwaarde van aflegging van aan den verw. in cassatie opgelegden suppletoiren eed toegewezen, maar daarentegen de vordering in reconventie heeft ontzegd, en deze uitspraak in alle deelen is bekrachtigd bij arr. van het Geregtshof te Leeuwarden van 14 Mei 1884;

„A. ten opzigte van den eisch in reconventie door het Hof is overwogen:

„1° dat het orderbillet door den verw. in cassatie aan den „eischer afgegeven, en hetwelk aan deze tegenvordering ten „grondslag ligt, is van den volgenden inhoud:

„„Beilen, 6 Jan. 1876. Goed voor *f* 743. Drie maanden na dato „„neem ik aan te betalen aan den heer J. Kloekers te Assen of order, „„de som van zevenhonderd drie en veertig gulden, waarde genoten.

„„(Get) G. W. baron de Vos van Steenwijk.

„„Goed voor zevenhonderd drie en veertig gulden. Betaalbaar te Assen, ten huize van den heer J. Kloekers voornoemd;""

„en 2° dat dit orderbillet, blijkens *in dorso* daarop gesteld „endossement door den eischer in cassatie op 6 Mrt. 1876 is „geëndosseerd aan den persoon van A. M. F. te Arnhem, „welk orderbillet vervolgens, ten verzoeke van laatstgenoemde, „op 9 Oct. 1879, dus te laat, van non-betaling is geprotes„teerd, blijkens een daarvan opgemaakt, behoorlijk geregistreerd „relaas van den deurwaarder J. H. te Assen, en uit welk „proces-verbaal blijkt, geen fonds aanwezig was;"

„A. wanneer de eischer in cassatie het bedrag van dit orderbillet aan den laatsten houder A. M. F. heeft gerembourseerd, hij ongetwijfeld het volste regt heeft dit van den uitgever, zijnde de verw., terug te vorderen, en er voor het Hof geen reden mogt bestaan omtrent de beweerde, door verw. niet tegengesproken terugbetaling geene expresse beslissing te geven;

„A. het Hof deze beslissing onverschillig schijnt te hebben geacht, omdat toch in geen geval van subrogatie uit kracht der wet, ingevolge a. 1438, n° 3, B.-W. sprake kon zijn,

daar de geëndosseerde F., door het orderbillet te laat van non-betaling te laten protesteren, volgens a. 201, 1°, en 209 K., zijn regt van vergoeding tegen den endossant, *in casu* hier den app^t, (nu eischer in cassatie), had *verloren*, en laatstgenoemde alzoo tot betaling van dat orderbillet niet meer gehouden was, en ook bij die betaling geen belang meer had;

"A. dus, onafhankelijk van de vraag of hier al dan niet aan subrogatie te denken valt, het zwaartepunt van de redenering van het Hof is gelegen in de stelling, dat het tijdig protest een vereischte is ook voor de actie tegen den uitgever-acceptant;

"A. het Hof, door te beslissen dat, *omdat* de laatste houder op dien vervaldag wegens te laat protest zijn regres tegen de vorige endossanten heeft verloren, de vroegere endossant ook *zijn* regt tegen den uitgever-acceptant moet derven, vóór alles heeft geschonden en verkeerd toegepast de a. 201 en 209 K., daar immers eerstgenoemd a. wel bepaalt, dat de houder van een wisselbrief, die denzelven te laat heeft doen protesteren, geen regt van vergoeding heeft tegen de endossanten, maar er tevens bijvoegt, dat hij zijne aanspraak tegen den acceptant (acceptant-uitgever) behoudt;

"A. hetzelfde a. 201 K. alleen eene regeling bevat tusschen de endossanten onderling en niet tusschen de endossanten en den trekker van een wisselbrief of uitgever van een orderbillet;

"A. de trekker van een wisselbrief of uitgever van een orderbillet zijn handteekening moet gestand doen, onverschillig of de houder tijdig of ontijdig heeft geprotesteerd;

"A. de wetgever niet de ongerijmdheid kan hebben bedoeld, die hierin zou zijn gelegen dat, wanneer bij te laat protest een vroeger endossant, die houder is op den vervaldag, heeft betaald, de trekker van den wissel of uitgever van het orderbillet, van iedere verdere verpligting tot betaling van het geschrift ontheven, tot schade van den endossant, die als hoofdelijk mede-wisselschuldenaar den

wissel of het orderbillet heeft voldaan, zou worden verrijkt;

„A. het Hof verder overweegt: dat de nu eischer in cassatie door die terugbetaling der protestkosten ook geen eigenaar van het orderbillet is geworden, aangezien volgens a. 139 K. de eigendom er van *in casu* slechts had kunnen zijn overgedragen bij eene afzonderlijke acte van cessie, overeenkomstig de voorschriften van het B.-W.;

„A. het Hof hier aan voormeld a. 139 eene geheel onjuiste interpretatie toekent, daar deze wetsbepaling betrekking heeft op latere endossanten, maar niet op teruggave van den wisselbrief aan den voorlaatsten houder, terwijl het woord *afzonderlijk* in hetzelfde a. volstrekt niet de op den wissel zelven gestelde cessiën heeft willen uitsluiten;

„A. daarenboven, naar luid van de a. 667 en 2014, 1e al., B.-W., de wetgever aan het bezit eener roerende zaak (als hoedanig een orderbillet zeker is aan te merken) reeds het karakter van eigendom verbindt;

„A., waar de houder dus reeds een onbetwistbaar vorderingsregt heeft tegen den uitgever van het orderbillet; krachtens zijn hoedanigheid van eigenaar van dat geschrift, een onderzoek naar de vraag of hij dit regt *daarenboven* heeft als gesubrogeerde in de regten van een ander, vrij onverschillig is, maar zelfs in dat geval het Hof het geheel subsidiair beroep op a. 1438 B.-W. ten onregte heeft verworpen;

„A. derhalve tegen het arr. wordt aangevoerd als *middel* van cassatie: schending en verkeerde toepassing van de a. 201, 209, 119, 146, 186 K., zoo op zich zelve als in verband met schending en verkeerde toepassing van de a. 1418, 1395, 2e lid, 1316, 1438, 667 en 2014, 1e al. B.-W. en 139 K., omdat het arr. op grond van het te laat protesteren door den laatsten houder van een orderbillet op den vervaldag, den voorlaatsten houder, na den vervaldag wederom in het regtmatig bezit van dat orderbillet getreden, zijn regt van terugvordering tegen den oorspronkelijken eischer heeft ontzegd;

„en *subsidiair:* verzuim der vormen, op straffe van nietigheid voorgeschreven, met schending en verkeerde toepassing *bovendien* van de a. 156 Grw., 20 R.-O. en 59, n° 3, B.-R., omdat het arr. niet is gemotiveerd ten aanzien van de bewering van den voorlaatsten houder (eischer in cassatie) dat hij het bedrag van het orderbillet aan den laatsten houder heeft gerembourseerd;

„mitsdien op grond van dit *middel* bij 's H.-R.'s te wijzen arr. te hooren vernietigen het arr. van het Geregtshof te Leeuwarden dd. 14 Mei jl., voor zoover dit door het tegenwoordig beroep in cassatie is aangetast, en voorts, bij hetzelfde 's H.-R.'s te wijzen arr. opnieuw regt doende op het hooger beroep, voor zoover betreft de uitspraak omtrent de vordering in reconventie, die vordering alsnog aan den eischer in cassatie te hooren toewijzen, met veroordeeling van hem verw. in cassatie in de kosten op de reconventie in drie instantiën gevallen; — immers en in allen gevalle, geheel subordinaat, voor zoover de H.-R. zich niet mogt kunnen vereenigen met des eischers primair beweren, de zaak te hooren terugwijzen in voege als bij a. 106 R.-O. is voorgeschreven, met veroordeeling reeds nu van den verw. in cassatie."

Voor den verw. in cassatie, vertegenwoordigd door den procureur Mr. J. VAN DER JAGT, is de volgende conclusie genomen:

„A. het *eerste* of principale *middel* van cassatie niet kan opgaan, daar geen der daarbij aangehaalde wetsa. is geschonden of verkeerd toegepast;

„A. toch ook a. 201 K. in verband met a. 209 van dat wetboek teregt ten grondslag ligt aan het arr. *a quo*, omdat eerstgemeld a. voorschrijft dat de houder, die te laat een orderbillet heeft doen protesteren, zijn verhaal op de endossanten verliest, maar daarentegen zijn verhaal op den trekker of acceptant behoudt, dat dus de eischer in cassatie door den laatsten houder van het orderbillet te rembourseren, eene daad

verrigtte, waartoe hij regtens niet was verpligt, en hij zulks doende, zich blootstelde aan zoodanige gevolgen dier handeling als hij nu ondervindt;

„A. eischer in cassatie éénmaal het orderbillet ontvangen hebbende, bij dusdanige remboursering geen belang had;

„A. onwaar is de bewering van den eischer in cassatie, dat het Hof bij zijn arr. van 14 Mei 1884 a. 201 j° a° 209 K. zou hebben geschonden of verkeerd toegepast, daar deze a., bepalende dat de laatste houder die te laat protesteert, zich met zijne aanspraak tegen den acceptant tevreden moest stellen, juist de endossanten van alle verantwoordelijkheid ontslaat, en er daardoor geene wettige wijze van overdragt der schuldvordering tusschen den laatsten houder en zijnen voorganger, den endossant, bestaat, tenzij die overdragt plaats hebbe gehad volgens de bepalingen van het burgerlijk regt op dat punt, hetgeen *in casu* het geval niet is;

„A. a. 201 K. geenszins eene regeling beveelt tusschen de endossanten onderling, maar wel de regten omschrijft van den houder bij non-betaling van eenen wissel of orderbillet, zooals niet alleen uit de bloote lezing van het a. blijkt, maar bovendien nog wordt bevestigd door den inhoud der geheele zevende afdeeling van den zesden Titel, waarvan a. 201 deel uitmaakt;

„A. de ongerijmdheid, waarvan eischer in cassatie spreekt, geenszins aanwezig is, omdat de wetgever niet kan noch behoeft te voorzien in een geval, dat iemand schade beloopt door eigen wil of onvoorzigtigheid;

„A. evenmin a. 139 K. door 's Hofs beslissing is geschonden, daar dit a. uitdrukkelijk zegt, dat wisselbrieven en dus op op grond van a. 209 K. ook orderbilletten, waarvan de vervaldag is verstreken, zooals *in casu*, niet anders in eigendom kunnen worden overgedragen dan volgens de bepalingen van het burgerlijk regt en er, de vervaldag verstreken zijnde, *van latere endossanten* geen sprake kan zijn;

„A. het door eischer in cassatie ingeroepen a. 667 B.-W. hier alle toepassing mist, daar het orderbillet slechts is een bewijs van schuld, maar deze, de schuld zelve, is een onligchamelijk regt, hoedanig bij a. 667 met name wordt uitgesloten;

„A. evenmin het beroep op a. 2014, al. 1, den eischer iets kan baten, daar ook in a. 2014 het orderbillet wordt uitgezonderd;

„A. bij 's Hofs arr. teregt is uitgemaakt, dat van het geval bij a. 1438, sub 3°, voorzien, geen sprake kan zijn en dus ook dit a. niet is geschonden, omdat eischer in cassatie er geen belang bij had om den laatsten houder te rembourseren;

„A. de a. 109, 146 en 186 K. geenszins verkeerd zijn toegepast of geschonden, daar derzelver bepalingen zien op wissels en orderbriefjes, die *ritè et lege* zijn geprotesteerd, niet op dezulke die *aan te laat protest laboreren*, buiten rekening gelaten dat eischer in cassatie geen *wettig* houder van het orderbillet is, hoedanig bij de a. 146 en 186 K. wordt bedoeld;

„A. eindelijk, wat betreft het verzuim der vormen op straffe van nietigheid voorgeschreven, waarover bij het subsibiaire *cassatie-middel* wordt geklaagd, er geen zoodanig verzuim bij het aangevallen arr. heeft plaats gehad, daar bij de juiste decisie van het Hof op grond van a. 139 en 201 K. en 1438, 3°, B.-W. in deze zaak gegeven, een onderzoek naar de vraag of de eischer in cassatie den laatsten houder het bedrag van het orderbillet heeft geremboursеerd en de beantwoording dier vraag geheel overbodig is, omdat zelfs de beslissing in geen geval van eenigen invloed kan zijn op de uitspraak der hoofdzaak;

„Zoo concludeert Mr. J. VAN DER JAGT qq., dat het den H.-R. moge behagen te verwerpen de ingestelde voorziening in cassatie, met veroordeeling van den eischer in cassatie in de kosten."

De Proc.-G. Mr. RÖMER heeft in deze zaak de volgende conclusie genomen:

„De eischer in cassatie heeft tegen eene door den verw. ingestelde regtsvordering een eisch in reconventie gedaan, strekkende tot betaling eener som van *f* 743, met de rente, ter zake van een door den verw. geteekend en van non-betaling geprotesteerd orderbillet, alsmede van eene som van *f* 10.91½ voor kosten van protest en registratie.

„Die vordering is in beide instantiën ontzegd en daartegen is de voorziening in cassatie gerigt. Het Hof heeft *in facto* beslist, dat het orderbillet, hetwelk geteekend is op 6 Jan. 1876, te betalen drie maanden daarna, op 6 Mrt. 1876, te Arnhem door den eischer is geëndosseerd, en ten verzoeke van den geëndosseerde op 9 Oct. 1879 te Assen van non-betaling is geprotesteerd.

„De reconventionele vordering steunde daarop, dat hij het orderbillet met de kosten aan den geëndosseerde heeft gerembourseerd en door die betaling regres heeft tegen den verw. als trekker of acceptant. 's Hofs beslissing *in jure* is tweeledig en komt hierop neder, dat door de betaling, al heeft deze plaats gehad, hetwelk het Hof in het midden laat, geene surbrogatie heeft plaats gehad, omdat de geëndosseerde, als laatste houder, door te laat protest, zijn regt tegen den endossant, den eischer in cassatie, had verloren; dat deze dus tot de betaling onverpligt was en daarbij geen belang had; en voorts dat de eischer door die beweerde terugbetaling geen eigenaar zou zijn geworden van het orderbillet, omdat de eigendom slechts kan zijn overgegaan door eene afzonderlijke acte van cessie. Door die beslissingen zijn volgens den eischer geschonden en verkeerd toegepast de a. 201, 209, 119, 146, 186 K., zoo op zich zelven als in verband met de a. 1418, 1395, 2° lid, 1316, 1438, 667, 2014 B.-W. en a. 139 K., alsmede *subsidiair* a. 156 Grw., 20 R.-O. en 59, n° 3, B.-R.

„Beide beslissingen komen mij juist voor. De eisch in reconventie berust op de bewering, dat de eischer als voorlaatste houder, door het orderbillet met de protestkosten te

rembourseren, *regtmatige* eigenaar van het wisselpapier is geworden, al was hij daarvan ten vervaldage niet de bezitter, de *houder* in den zin van a. 201 K. Nu is het waar, dat in den zin van het a. de endossant, die den geprotesteerden wissel heeft betaald, als houder van het geschrift kan worden aangemerkt, (zie KIST, II, 193), maar de grond dier beslissing is deze, dat op den endossant rust de verpligting om te betalen, dat hij is *correus debendi*. De heer KIST zegt uitdrukkelijk, de endossant, die tot vergoeding aangesproken, den wissel betaald heeft. Maar die verpligting bestaat niet wanneer de houder, door niet tijdig te doen protesteren, het wisselverband heeft verbroken. De endossant heeft dan bij de betaling geen belang, en zoodanig belang is toch de eenige regtsgrond op welken hij uit kracht der wet kan worden gesubrogeerd. Zie DIEPHUIS, *B.-R.* VI, n° 842, p. 489. Zijne onverpligte betaling geeft hem dus geen aanspraak op den trekker of acceptant, omdat deze slechts tegenover den *onregtmatigen* houder is verbonden. Vgl. HOLTIUS, *Handelsregt* I, p. 288. En door nu te beslissen, dat bij door de bloote overgifte van het orderbillet, zonder acte van cessie, evenmin regtmatig eigenaar is geworden, zijn ook de overige wetsbepalingen m. i. niet geschonden. Die beslissing berust op a. 139 K., waarbij is bepaald, dat de wisselbrief, waarvan de vervaldag is verstreken, niet door eenvoudige betaling, zooals bij endossement het geval is, kan worden overgedragen. Het billet is slechts het bewijs eener bestaande schuld, en deze als onligchamelijke zaak, wordt door de overgifte van het papier niet geleverd. De a. 667 en 2014 B.-W. zijn dus evenmin geschonden.

»En wat nu eindelijk de motivering van het arr. betreft, zoo was in het juiste systeem van het Hof dat de betaling *in casu* den eigendom niet kon overdragen, een onderzoek of de terugbetaling, die door den verw. werd ontkend, werkelijk had plaats gehad, overbodig, zoodat ook het subsidiair *cassatie-middel* niet gegrond is.

„Ik heb de eer te concluderen tot verwerping der voorziening, en veroordeeling van den eischer in de kosten, in cassatie gevallen.”

ARREST. — De H.-R. d. Ned. — Op het beroep van, enz.;

„O., dat als *eenig middel* van cassatie is voorgesteld: schending en verkeerde toepassing van de a. 201, 209, 119, 146 en 186 K., zoo op zich zelve als in verband met schending en verkeerde toepassing van de a. 1418, 1395, 2e lid, 1316, 1438, 667 en 2014, 1e al., B.-W. en a. 139 K., omdat het arr. op grond van het te laat protesteren door den laatsten houder van een orderbillet op den vervaldag, den voorlaatsten houder, na den vervaldag wederom in het regtmatig bezit van dat orderbillet is getreden, zijn regt van terugvordering tegen den oorspronkelijken uitgever heeft ontzegd; en *subsidiair* verzuim der vormen, op straffe van nietigheid voorgeschreven, met schending en verkeerde toepassing bovendien der a. 156 Grw., 20 R.-O. en 59, n° 3, B.-R., omdat het arr. niet is gemotiveerd ten aanzien van de bewering van den voorlaatsten houder (eischer in cassatie), dat hij het bedrag van het orderbillet aan den laatsten houder heeft gerembourseerd;

„O. ten aanzien van het eerste gedeelte van het *middel*, dat dit is gerigt tegen 's Hofs beslissing, dat de eischer, die als endossant het orderbillet, hetwelk te laat was geprotesteerd, met de protestkosten heeft gerembourseerd, niet was de regtmatige eigenaar van het geschrift;

„dat echter die beslissing is juist, omdat een endossant niet verpligt is een niet tijdig geprotesteerden wissel of orderbillet te vergoeden, en de houder derhalve geen regt had om die vergoeding te vorderen, zoodat de endossant die desniettemin den wissel aan den houder vergoedt, daardoor niet verkrijgt eene vordering tot vergoeding tegen zijne voorgangers, tegen wie ook de houder, die te laat heeft doen protesteren, geene vordering had;

„O., dat derhalve geen der bij het eerste gedeelte van het *middel* aangehaalde a. is geschonden of verkeerd toepgepast;

„O. ten aanzien van het subsidiaire gedeelte van het *middel*, dat dit gedeelte geldt 's Hofs beslissing, dat zelfs, al had de eischer het orderbillet met de kosten terugbetaald, dan nog van geene subrogatie uit kracht der wet sprake zou kunnen zijn en derhalve een onderzoek, of die terugbetaling werkelijk had plaats gehad, overbodig was;

„O., dat ook die beslissing is juist, vermits eene onverpligte rembourseering van den houder die te laat heeft doen protesteren, den endossant niet tot eigenaar van, of wettigen schuldeischer uit den wissel kan maken, zoodat het Hof ook met die beslissing geen der aangehaalde a. heeft geschonden:

„Verwerpt de voorziening;

„Veroordeelt den eischer in de kosten daarop gevallen."

N° 1942. — Arrest van 20 Maart 1885.

(A. 815 B.-W.)

Houdt de op dit wetsa. steunende betrekking van bijzonderen, — aan het kind, welks wettigheid betwist werd, — toegevoegden voogd op door het overlijden van dat kind? — Ja. *Is, als dit overlijden plaats greep hangende een regtsgeding, teregt de schorsing van dat geding uitgesproken?* — Ja.

Tegen een tusschen partijen in hooger beroep van een vonnis der arr.-regtb. te Amsterdam van 13 Febr. 1880, door het Geregtshof aldaar 30 Mrt. 1883 gewezen arr. heeft de toen app[t], wonende te Passaroean in N.-Indië, zich in cassatie voorzien en aan de toen geïnt[n] 1° Mr. L. H. K. Jr., in hoedanigheid van bij beschikking der arr.-regtb. te Amsterdam, van 18 Febr. 1878 toegevoegden bijzonderen voogd van het kind, waarvan de echtgenoote van den nu req. van cassatie 14 Dec. te voren te Bordeaux was bevallen, en 2° de echt-

genoote van den nu req., en zulks tegen het gansche arr., met uitzondering alleen van 's Hofs uitspraak omtrent de kosten veroorzaakt door het verstek van de tweede geïnt.

Bij dagvaarding heeft de req. van cassatie, vertegenwoordigd door Mr. A. P. Th. Eyssell, adv. bij den H.-R., de volgende gronden en *middelen* doen aanzeggen;

„A. de verw^{sse} in cassatie op 14 Dec. 1877 te Bordeaux is bevallen van een kind van het mannelijk geslacht, waaraan is gegeven de naam van Francis;

„A. de eischer gemeend heeft, op grond van a. 307 B.-W. de wettigheid te moeten ontkennen van dit kind, hetwelk men wilde doen doorgaan als uit zijn huwelijk met de moeder gesproten, en hij, overeenkomstig a. 305 *eodem* deze regtsvordering tot ontkenning van staat heeft gerigt tegen den verw. Mr. K., als aan het kind toegevoegden bijzonderen voogd, terwijl hij tevens de moeder, nu verw^{sse} in cassatie, naar het voorschrift van hetzelfde wetsa., behoorlijk in het geding heeft opgeroepen;

„A. de verw. Mr. K , in den loop dezer bij de arr.-regtb. te Amsterdam aanhangige procedure heeft doen beteekenen een uittreksel uit de registers van den Burgerlijken Stand van Bordeaux, houdende dat het kind, welks wettigheid wordt betwist, op 12 Mrt. 1879 aldaar is overleden;

„A. de verw. Mr. K., aanvoerende dat hij door dit overlijden de betrekking heeft verloren, waarin des eischers actie tegen hem was gerigt, voorts incidenteel heeft gevorderd, dat de schorsing der procedure zou worden bevolen, met veroordeeling der contradicenten in de kosten;

„A. deze conclusie, op welke de nu verw^{sse} zich refereerde, bij vonnis der gemelde regtb. van 10 Febr. 1880 is toegewezen, met veroordeeling van den tegensprekenden, nu eischer in cassatie, in de kosten;

„A. dit vonnis in hooger beroep bij het thans bestreden arr. is bevestigd, met veroordeeling van den aldaar app^{t}, nu

eischer in cassatie, in de kosten van het hooger beroep, uitgezonderd die, welke veroorzaakt zijn door het verstek van de tweede geïnt[e], (nu verw[ees]), in welke laatstgenoemde werd veroordeeld;

"A. dit arr. is gewezen met miskenning van a. 254 tot en met a. 262 en 56 B.-R. en van a. 306, 307, 315, 337, 338, 385, 879, 900, 1850, 1954 en 1957 B.-W., en die wetsa. alzoo bij gemeld arr. zijn geschonden en verkeerd toegepast;

"A. toch het vonnis *a quo* had moeten zijn te niet gedaan en den aldaar app[t], nu eischer, toegewezen zijne conclusie van eersten aanleg tot afwijzing der incidentele vordering tot schorsing, met last om bij den eersten regter voort te procederen naar regten, en veroordeeling van den aldaar geïnt. (nu verw.) Mr. K. qq., in de kosten op het incident in beide instantiën;

"A. tegen 's Hofs motieven allereerst moet worden opgemerkt, dat het grootendeels zijn beschouwingen van meer of minder gewigt voor de vraag of na den dood van het gedesavoueerde kind de ingestelde actie tot ontkenning van staat nog toewijsbaar is, terwijl toch niet het lot der actie zelve aan de orde is, maar slechts de vraag of in die procedure het verzoek tot hare schorsing ontvankelijk is en gegrond;

"A. ten dezen aanzien daarentegen in aanmerking komt, dat elk geding doet geboren worden de noodzakelijkheid van, althans regt op een eindvonnis, en dat het incident van schorsing de processuële beteekenis heeft eener door de wet gegeven gelegenheid tot nieuw judicieel mandaat, daar waar anders in de vier bij a. 254 B.-R. genoemde gevallen, het regt der wederpartij om een eindvonnis te verkrijgen, zou leiden tot regtspraak tegen personen, die zich niet bij den regter hadeen kunnen doen hooren;

"A. dienovereenkomstig de wetgever in de betrokken afdeeling van het wetboek van (burgerlijke) regtsvordering

geen andere schorsing heeft willen regelen dan onafscheidelijk van de gelegenheid tot hervatting van het geschorste geding, dus geene dan *zoodanige* schorsing toegestaan, en de onmogelijkheid om een geschorst geding te hervatten regtens medebrengt de ongeoorloofdheid om pretens op grond van a. 254 B.-R. schorsing van zoodanig geding te vorderen of te bevelen;

„A. het Hof, ofschoon deze laatste waarheid veeleer toegevende dan weersprekende, nu wel overweegt, dat de eischer in cassatie gezegde onmogelijkheid niet zou hebben aangetoond, omdat het overleden kind als hoofdpartij in het geding zou moeten worden aangemerkt, en de algemeene regel *in cas* van hervatting alzoo kan worden nageleefd, — doch het Hof bij deze overweging in schromelijke dwaling verkeert;

„A. toch, *posito sed non concesso*, dat 's Hofs premissen juist zijn, de door het Hof bedoelde hervatting tegen de erfgenamen van het kind *in casu* onmogelijk is en dientengevolge zou ontstaan de *contradictio in adjecto*, eene *schorsing* voor *eeuwig;*

„A. immers hier de aanwijzing der (alleen in aanmerking komende) wettelijke erfgenamen niet kan geschieden dan na beslissing, omtrent de aanhangige regtsvordering, die zal moeten vaststellen of het kind was *overspelig* en dus voor altijd zonder door de wet erkende bloedverwanten, dan wel *wettig*, en dus als wettelijke erfgenamen achterlatende, nevens zijne moeder en broeders en zusters, *den eischer zelven*, die noch door verwerpen der nalatenschap, noch door opkomen in regten zich als erfgenaam kan gedragen;

„A. ten aanzien van 's Hofs premissen zij opgemerkt, dat hier geen schorsing is gevraagd krachtens a. 254, 1°, maar krachtens a. 254, 3°, B.-R., en dat de verw. Mr. K. als bijzonder voogd ex a. 315 B.-W. is hoofdpartij in het geding, NIET het gedesavoueerde kind;

„A. volstrekt niet, gelijk het Hof wil, altijd het eerst en meest de belangen van het kind bedreigd worden door de

regtsvordering tot ontkenning van zijn staat, maar door die regtsvordering aanhangig wordt gemaakt de beslissing omtrent een algemeen familie-belang, den staat namelijk van wettig kind in een bepaald geslacht, van overwegenden invloed op de onderlinge betrekkingen, de verhoudingen van eer en geldelijke belangen in den ganschen kring van dat geslacht;

„A. als vorm, om dit belang *envers et contre tous* tot beslissing te brengen, door a. 315 B.-W. is voorgeschreven het instellen der actie tegen een voogd *ad hoc*, die wel tevens de roeping mag hebben om voor het bij de regtsvordering betrokken belang van het kind te waken, maar wiens functie zeer zeker *ook*, zooal niet *voornamelijk* medebrengt, om onafhankelijk van leeftijd of levensduur van dat eenmaal geboren wezen, diens door *désaveu* zwevenden staat in aller belang tot vastheid te helpen brengen;

„A. het hieruit voortvloeijend gevolg, dat de functie van dien bijzonderen voogd gedurende den ganschen loop van het geding voortduurt, zelfs al is het kind overleden, ongewoon moge zijn, doch ook het karakter en regtsgevolg der procedure tot ontkenning van staat is bijzonder en als zoodanig door de wet erkend;

„A., moest hier met het Hof worden aangenomen, dat dit karakter door uitdrukkelijk wetsvoorschrift zou moeten blijken, dan het buitendien reeds bijzondere voorschrift van a. 315 B.-W., door het uitdrukkelijk bevel om *alle* regtsvordering tot ontkennen van staat te rigten tegen den *tutor ad hoc* de begeerde wetsletter zou opleveren;

„A. daarenboven door het Hof is voorbijgezien, dat wel door den dood een mandaat teniet gaat en daarom ook a. 254, 1° B.-R. het geding bij overlijden van eene der partijen geschorst wil zien, maar *in casu* het mandaat van den verw. Mr. K. zijn oorsprong heeft niet bij den overleden zuigeling, doch in de wet en de benoeming des regters, zoodat het door hem ingeroepen a. 254, 3°, niet is toepasselijk, en hij

verw., volgens a. 315 B.-W. in het geding partij gebleven is;

„bij 's H.-R.'s te wijzen arr. te hooren vernietigen het arr. door het Geregtshof te Amsterdam op 30 Mrt. 1883 tusschen partijen gewezen, voor zoover het tegenwoordig beroep in cassatie dat arr. heeft aangetast; en voorts, bij datzelfde 's H.-R.'s te wijzen arr., op de gevraagde schorsing regt doende, den eischer alsnog te hooren toewijzen zijne bij het Hof genomen conclusie tot tenietdoening van het vonnis van 10 Febr. 1880, waarvan appel, en tot alsnog regt doen gelijk in eersten aanleg had behooren te geschieden, met terugwijzing der zaak naar den regter in eersten aanleg, om die, met inachtneming van 's H.-R.'s arr. verder te behandelen en te beslissen; alles eindelijk met veroordeeling van den verw. Mr. K. in al de kosten der drie instantiën, sedert het gemoveerde incident tot schorsing gevallen, voor zoover die niet ten laste der verw^sse zullen blijven en worden gebragt."

Voor den verw. in cassatie, Mr. K., in diens hoedanigheid van bijzonderen voogd over het onderhavige kind van de niet comparerende vrouwe M. C. B., echtgenoote van den eischer in cassatie, is de volgende conclusie genomen:

„A. geen der door het bestreden arr. of door den eischer in cassatie aangehaalde wetsa. is verkeerd toegepast of geschonden en derhalve het aangevallen arr. als goed gewezen behoort te worden bevestigd en de daartegen gerigte eisch tot cassatie verworpen;

„A. de eischer in cassatie ten onregte beweert dat 's Hofs motieven grootendeels beschouwingen van meer of minder gewigt zijn voor de vraag of de actie tot ontkenning nog voor toewijzing vatbaar is na den dood van het kind, en dat het Hof als het ware over het hoofd zou hebben gezien waarover in den stand van het geding moest worden gejugeerd;

„A. toch duidelijk blijkt, dat het Hof de vraag of de incidentële conclusie tot schorsing *moet* worden, en teregt door de regtb. is toegewezen heeft gesteld en daarop eene

beslissing gegeven, terwijl het arr. tevens de door partijen in hooger beroep aangevoerde beschouwingen in verband heeft gebragt met de gevolgen eener eventueel in strijd met de stellingen van den eischer in cassatie te vellen uitspraak, welke uitweiding zeker geen grief tegen het arr. kan opleveren, te minder omdat de beschouwingen van den eischer in cassatie daartoe aanleiding gaven;

„A. echter juist de eischer in cassatie *a.* door stellingen te ontwikkelen ten aanzien van de bedoeling der door het Hof toegepaste a., hoewel de woorden volkomen duidelijk zijn; en *b.* door te redeneren over de gevolgen van de schorsing en van 's Hofs beslissing, over het hoofd ziet wat het eenige punt van verschil tusschen partijen uitmaakt;

„A. bedoelde stellingen en redeneringen dan ook den eischer in cassatie niet zullen kunnen baten, daargelaten de betwistbare vraag, in hoever die redeneringen en stellingen juist zijn;

„Zoo concludeert Mr. C. J. François, als advocaat van den verw. qq., dat het den H.-R. moge behagen de ingestelde voorziening in cassatie te verwerpen, met veroordeeling van den eischer in cassatie in de kosten aan de zijde van den verw. qq. gevallen of nog te vallen."

In deze zaak heeft de Proc.-G. Mr. Römer de volgende conclusie genomen:

„De regtsvraag, welke ten grondslag ligt aan deze voorziening in cassatie, is deze: of de regtsvordering tot het ontkennen van de wettigheid van een kind, krachtens a. 315 B.-W. ingesteld tegen een aan het kind door de regtb. toegevoegden bijzonderen voogd, moet worden geschorst wanneer het kind, hangende het geding en voor dat dit in staat van wijzen is, is overleden. De beantwoording dier regtsvraag hangt daarvan af, of volgens de beginselen van het B.-R. het geding wordt gevoerd tegen het kind, hetwelk door den bijzonderen voogd wordt vertegenwoordigd, dan wel tegen

den staat van het kind, waarvoor de benoemde voogd moet waken, en mitsdien tegen dezen als partij. Zoowel de regtb. als het Hof hebben, in overeenstemming met de conclusiën van het O.-M., *in casu* de schorsing van het geding uitgesproken, en volgens de dagvaarding in cassatie zijn daardoor miskend, en mitsdien geschonden de a. 254—262 en 56 B.-R., de a. 306, 307, 315, 337, 338, 879, 900, 1850, 1954 en 1957 B.-W.

„Ik houd de regterlijke beslissingen voor juist, en na de uitvoerige wederlegging van de verschillende beweringen, waarop het *middel* van cassatie steunt, bij de pleidooi van den geachten raadsman voor den verw., kan ik mijne meening kort opgeven. Ook de leer der schrijvers en de jurisprudentie zijn bij de pleidooijen uitvoerig opgegeven; ik meen daarnaar dus te mogen verwijzen.

„Het is de algemeene leer, dat de toevoeging van een *tutor ad hoc* in het geval van a. 315 B.-W. slechts plaats heeft wanneer het kind minderjarig is; en daaruit vloeit voort, dat de regtsvordering wordt ingesteld tegen het kind. Volgens Voorduin II, p. 533, n° V, zeide de heer Nicolaï: „dans toute action en désaveu il y a ordinairement trois per„sonnes intéressées, celle qui poursuit le désaveu; l'enfant „auquel on conteste les droits de la légitimité et la mère dont „l'honneur est compromis, et dont les intérêts sont attaqués." Diephuis vindt het niet twijfelachtig, *B.-R.* II, 134. Aubry en Rau op Zachariae II, 269, in de laatste uitgave IV, 60, zeggen dat de actie wordt ingesteld „contre l'enfant, s'il est „majeur, s'il est mineur ou interdit contre un tuteur *ad hoc.*" Hetzelfde leeren Dalloz, voce *Paternité et filiation*, n° 167; Laurent, *C.-C.*, T. III, p. 571. Het is m. i. niet aannemelijk, dat de wetgever aan een persoon *qui sui juris est*, zijne *persona standi in judicio* zou hebben ontnomen in eene zaak waarin zijne belangen boven alles op het spel staan; de uitdrukking van het a.: *alle regtsvordering*, is m. i. niet vol-

doende om zoodanige afwijkingen van de algemeene regtsbeginselen aan te nemen.

„De wetgever heeft het geval op het oog, zooals het zich meestal voordoet, en achtte het niet wenschelijk, dat een zoodanig geding zou worden gevoerd tegen den gewonen voogd. Het blijkt niet, waarom die algemeene uitdrukking in afwijking der eerste redactie is gebezigd. Bij die opvatting der wet is de voogd slechts de wettige vertegenwoordiger van het kind. LAURENT, *ll.*, p. 559, noemt hem „le protecteur spécial, dont l'unique mission est de défendre les intérêts de l'enfant;" even als zijne betrekking ophoudt bij het eindigen van het geding, zoo houdt deze ook op bij den dood van het kind.

„De geachte raadsman van den eischer is m. i. in gebreke gebleven om aan te toonen, dat de wetgever het familie-belang heeft op het oog gehad, of aan den vader, indien deze de actie heeft ingesteld, een middel heeft willen geven om daarop eene actie tot echtscheiding te bouwen. LAURENT, *ll.*, p. 463. Voor die beweringen zouden slechts dan gronden zijn, indien kon worden aangenomen, dat het kind eigenlijk niet de belanghebbende partij was, maar het geding uitsluitend tegen den bijzonderen voogd werd gevoerd, die dan in strijd met alle regtsbeginselen, geen persoon, maar een begrip, den staat van het kind zou vertegenwoordigen.

„Ik kan daarvoor geen grond in de wet vinden. Zooals het *middel* van cassatie is geformuleerd, is de grond deze, dat *elk* geding, zooal niet de *noodzakelijkheid van-* dan toch het *regt op-* een eindvonnis doet geboren worden, en dat de mogelijkheid om het geding te hervatten, door de uitgesproken schorsing wordt uitgesloten. Volgens den geachten raadsman des eischers heeft de wetgever dit geval niet voorzien, en is a. 254 B.-R., hetwelk de mogelijkheid om het geschorste geding nader te hervatten, blijkbaar veronderstelt, mitsdien op het onderwerpelijk geval verkeerd toegepast.

„Nu is *vooreerst* de stelling, dat elk geding het regt op

een eindvonnis doet geboren worden, niet bewezen; ook andere regtsvorderingen vervallen door den dood van eene der partijen, b. v. die van a. 275 B.-W. Maar *ten anderen* al was a. 254 B.-R. niet voor dat geval geschreven, dan nog zoude de toepassing slechts dan grond tot cassatie kunnen opleveren, indien daardoor eene andere wetsbepaling was geschonden.

„En daarenboven, het Hof overweegt, dat de onmogelijkheid om het geding te hervatten, niet is bewezen, en dat de algemeene regel van hervatting kan worden nageleefd, indien de app[t], thans eischer, daarbij een wettig en geoorloofd belang heeft. Het kind behoudt zijn staat met al de gevolgen van dien, zoolang deze hem bij regterlijk vonnis niet is ontnomen; en om het geding te kunnen hervatten zou de vader moeten aantoonen, dat hij, ook na den dood van het kind, een belang bij de betwisting van den staat heeft.

„En m. i. moet niet uit het oog worden verloren, dat de 12[e] afdeeling van den III[n] titel slechts aanwijst in welke gevallen geschorst, en op welke wijze het regtsgeding kan hervat worden; maar dat uit die bepaling niet kan worden afgeleid, dat de wetgever slechts dan de schorsing van het geding zou hebben gewild indien eene hervatting mogelijk is. De woorden van a. 254 zijn impératif; de loop van het regtsgeding wordt geschorst door het ophouden der betrekking waarin de partij het geding voerde; door den dood van den minderjarige houdt de voogdij op, Diephuis, *l.l.*, II, 492, en de regter heeft m. i. teregt geoordeeld, dat het 3[e] lid van a. 254 voornoemd hier zijne toepassing moest vinden. De geachte raadsman van den verw. heeft m. i. juist betoogd dat de overige a. bij het *middel* aangevoerd, met de regtsvraag niet in verband staan; en indien dus de a. 315 B.-W. en 254 B.-R. door 's Hofs beslissing niet zijn geschonden of verkeerd toegepast, is de voorziening in cassatie niet gestaafd.

„Ik heb de eer te concluderen tot verwerping der voor-

ziening en veroordeeling van den req. in de kosten in cassatie gevallen."

ARREST. — De H.-R. d. Ned. — Op het beroep van, enz.;

„O. dat als *middel* van cassatie is voorgesteld: schending en verkeerde toepassing van de a. 254 tot en met 262 en 56 B.-R. en van de a. 306, 307, 315, 337, 338, 385, 879, 900, 1850, 1954 en 1957 B.-W., door de toewijzing eener incidenteele vordering tot schorsing van het regtsgeding, grootendeels op grond van beschouwingen omtrent de vraag, of na den dood van het gedesavoueerde kind de ingestelde actie *en déeaveu* nog toewijsbaar is, en miskenning der onloochenbare waarheid, dat *elk* geding doet geboren worden, zoo al niet de *noodzakelijkheid* van, althans het *regt* op een eindvonnis (de mogelijkheid waarvan door *deze* schorsing wordt uitgesloten), terwijl het incident van schorsing naar de wet de processuële beteekenis heeft eener gegeven gelegenheid tot nieuw incidenteel mandaat, daar waar anders in de gevallen van a. 254 B.-R. het regt op een eindvonnis zou leiden tot regtspraak ten principale tegen personen, die zich niet bij den regter zouden hebben kunnen doen hooren;

„O., dat bij het beklaagde arr. de bestreden schorsing van het geding is uitgesproken met toepassing van a. 254, n° 3, B.-R. en op grond dat de betrekking waarin de eerste verw. het geding voerde, zijnde die van bijzonderen, aan het kind welks wettigheid betwist werd toegevoegden voogd, had opgehouden, door dat het kind hangende het geding was overleden;

„O., dat met juistheid aldus is beslist, vermits de verw., krachtens a. 315 B.-W. als bijzondere voogd toegevoegd aan het kind, alleen de vertegenwoordiger van dat kind in het geding was, en zijne betrekking als zoodanig door diens dood was geëindigd;

„O., dat om tot eene andere opvatting te geraken, zou moeten worden aangenomen dat a. 315 op het oog had de

benoeming van een bijzonderen voogd, niet zoozeer voor het kind als wel voor of ter zake van een aan de betwiste wettigheid van het kind verbonden belang, waarom die betrekking zou moeten geacht worden onafhankelijk te zijn van het bestaan van het kind;

„O., dat zoo iets echter uit de uitdrukking in a. 315: „*alle regtsvordering*" op zich zelf niet volgt, maar in strijd ware met hetgeen daarin gezegd wordt: „dat de bijzondere voogd wordt toegevoegd aan *het kind*," waaruit toch noodzakelijk volgt, dat het *het kind* is dat door dien voogd wordt vertegenwoordigd; dat dan ook de vertegenwoordiging niet van een persoon maar van een begrip, *in casu* den staat van het kind, eene afwijking zou zijn van het gewone regt en tot het aannemelijk gevolg zou leiden, dat het kind, welks belang wel in de eerste plaats bij een tegen zijne wettigheid gevoerd geding is betrokken, niettemin de eigenlijke partij *in lite* niet zoude zijn;

„O. voorts, dat de bij het *middel* aangevoerde stellingen, dat elk geding het regt op een eindvonnis doet ontstaan, waarvan de mogelijkheid door deze schorsing zou worden uitgesloten, en dat schorsing alleen te pas komt waar gelegenheid blijft tot hervatting van het geding, geen steun vinden in de wet en bovendien afstuiten op de bepaling van a. 254 B.-R., waarbij, in de dáár genoemde gevallen, de schorsing van het geding onvoorwaardelijk en gebiedend wordt voorgeschreven;

„O., dat dus noch dit a. noch a. 315 B.-W., op welke het hier eeniglijk aankomt, geschonden of verkeerd toegepast is, en vermits dit evenmin het geval is met eenig ander der daarbij aangehaalde a., het *middel* is ongegrond;

„Regtdoende tusschen al de partijen;

„Gezien de a. 56 en 89 B.-R.;

„Verwerpt de voorziening;

„Veroordeelt den eischer in de kosten in cassatie gevallen;

„Veroordeelt de mede-verw^{sse} en defaillante in de kosten van het verstek, die van het vonnis daaronder begrepen.”

N° 1943. — Arrest van 20 Maart 1885.

(A. 771, 782, 158, 143 B.-R.; a. 813 K. j° a° 4, n° 5, B.-R. — A. 791 K. — A. 158 B.-R.)

Wordt de curator in een faillissement teregt in cassatie gedagvaard, ook al is het vonnis, waarbij de failliet-verklaring is uitgesproken, nog niet in kracht van gewijsde gegaan? — JA.

Is er sprake van berusting in eene veroordeeling tot het doen van rekening en verantwoording waar de eischer aan die veroordeeling heeft gevolg gegeven, „onder zeer uitdrukkelijk protest” en bij request tot benoeming van een regter-commissaris „van non-prejudice met name ten opzigte van de judicieele verhouding tusschen partijen in eene met name aangeduide procedure?” — NEEN.

Is a. 158 *B.-R. verkeerd toegepast, waar in het arr.* a quo *uitdrukkelijk is beslist, dat het a.* niet *is toegepast, omdat zich een geval van verknochtheid voordeed, dat tot niet-ontvankelijk-verklaring der vordering zou moeten leiden?* — NEEN.

Zijn a. 771 *en* 782 *B.-R. echter geschonden door op grond van* quasi-litispendentie *niet-ontvankelijk-verklaring uit te spreken?* — JA.

De eischer in cassatie, vertegenwoordigd ten deze door Mr. B. M. VLIELANDER HEIN, adv. bij den H.-R., heeft den verw. doen dagvaarden en bij die dagvaarding de volgende *middelen* van cassatie aangezegd tegen het tusschen partijen op 13 Febr. 1884 door het Geregtshof te Arnhem gewezen arr., t. w.: „schending en verkeerde toepassing van de a. 771, 782, 158 en 343 B.-R., omdat, al mogt tegen den eisch tot het aanhooren van rekening en verantwoording door dezen eischer tegen den verw. ingesteld, door dezen worden geëxcipieerd van *litispendentie*, op grond dat hij verw. tegen den eischer procedeerde tot het afleggen van rekening, en zulks

niettegenstaande verw^s daartoe strekkende vordering niet bij eenen anderen regter, en óók niet bij dagvaarding was aangebragt, doch bestond in een reconventionelen eisch, die, op het oogenblik dat deze eischer zijne vordering deed, was verklaard niet-ontvankelijk en die eerst daarna door hooger beroep weder werd aanhangig gemaakt, — dan nog in elk geval het gevolg van de toewijzing der exceptie slechts had mogen bestaan in een renvooi, doch geenszins in eene niet-ontvankelijk-verklaring, en omdat het Hof mitsdien op gronden buiten de wet heeft niet-ontvankelijk verklaard de vordering die de eischer aan de wet ontleende.

„En op grond van dit *middel* van cassatie te hooren vernietigen het arr. van het Geregtshof te Arnhem dd. 13 Febr. 1884, waartegen het is gerigt, en de H.-R., doende wat het Hof had behooren te doen, alsnog te hooren bevestigen het vonnis in eersten aanleg tusschen partijen gewezen; kosten regtens."

Voor den verw. in cassatie Mr. S. T. J. van Rees, adv. en proc. te Arnhem (in qualiteit van curator over den inmiddels in staat van faillissement verklaarden N. L. J. v. d. B., fabrikant te Arnhem en vereffenaar van de ontbonden vennootschap onder de firma *„de Arnhemsche Eau-de-Cologne-fabriek"*), vertegenwoordigd door Mr. J. G. S. Bevers, adv. te Arnhem, — is hierop genomen de volgende conclusie van antwoord:

„A. uit niets is gebleken dat de heer N. L. J. v. d. B., fabrikant te Arnhem en vereffenaar van de ontbonden vennootschap onder de firma *„de Arnhemsche Eau-de-Cologne-fabriek,"* bij een in kracht van gewijsde gegaan vonnis zou zijn verklaard in staat van faillissement, en mitsdien de heer Mr. S. T. J. v. R. teregt, overeenkomstig a. 813, al. 1, K. j° a° 4, n° 5, B.-R. zou zijn gedagvaard in plaats en als vertegenwoordiger van den heer v. d. B. voornoemd, maar integendeel uit de bij deze overgelegde en behoorlijk geregistreerde verklaring van den heer griffier van het Geregtshof te Arnhem

(copielijk aan den eischer in cassatie bij deze medegedeeld) blijkt dat de eindbeslissing omtrent het al of niet bestaan van het faillissement nog niet door het Hof, waarbij de zaak hangende is, is genomen;

„A. alzoo de eischer in cassatie op grond van het zoo even genoemde, niet-ontvankelijk kan geacht worden in den door hem tegen dezen gedaagde ingestelden eisch in cassatie, en hij daarenboven ingevolge a. 334 j° 399 B.-R. niet-ontvankelijk is in zijn eisch, naardien hij reeds in het thans door hem bestreden arr. heeft berust, als hebbende hij nl. door gevolg te geven aan het arr. van het Geregtshof te Arnhem van 27 Junij 1883, alsmede aan het arr. van datzelfde Hof van 21 Mei 1884 zich onderworpen aan de actie van a. 771 B.-R., die noodwendig die ingevolge a. 782 B.-R. moet uitsluiten;

„A. het Geregtshof te Arnhem bij zijn arr. van 13 Febr. 1884 tusschen partijen gewezen wel degelijk op gronden aan de wettelijke bepalingen ontleend, de niet-ontvankelijkverklaring heeft uitgesproken van des eischers vordering;

„A. er toch geen enkele reden denkbaar is, waarom hij, die ingevolge a. 158 B.-R. de verwijzing mag vragen, niet bevoegd zou zijn om zich te beperken tot enkel beroep op de exceptie van *litispendentie*, zonder daaraan het verzoek tot renvooi vast te knoopen;

„A. er nog veel minder eenige reden denkbaar is, waarom de regter, als deze exceptie eenvoudig wordt opgeworpen, zonder dat het verzoek om renvooi daaraan is toegevoegd, bij gegrondbevinding dier exceptie niet zou mogen volstaan met het uitspreken van eene niet-ontvankelijk-verklaring, maar verpligt zou zijn door het uitspreken van een renvooi meer te geven dan gevraagd is, m. a. w., *ultra petita* te gaan;

„A. er al evenmin eenige aan de wet ontleende grond kan worden aangevoerd — hetgeen trouwens door den eischer schijnt te worden toegegeven, — waarom *in casu* de exceptie van *litispendentie* in zoodanige beperkende beteekenis zou

moeten worden opgevat, dat de strekking door den wetgever daarmede beoogd, geheel en al zou worden te niet gedaan door datgene wat in de woorden der wet als *ude eo quod plerumque fit*" aangeduid is, te beschouwen als eene beperking beoogende, die naar den algemeenen aard en den grondslag van dit verdedigingsmiddel niet kan bedoeld zijn;

„Zoo concludeert Mr. J. G. S. Bevers, als adv. van den verw. in cassatie, dat het den H.-R. moge behagen den eischer niet-ontvankelijk te verklaren in den door hem ingestelden eisch in cassatie, en subsidiair het voorgestelde *middel* van cassatie te verwerpen, en mitsdien in allen gevalle het arr. van het Geregtshof te Arnhem dd. 13 Febr. 1884, waartegen het *middel* is gerigt, te bevestigen; alles met veroordeeling van den eischer in cassatie in de kosten regtens."

Namens den Proc.-G. heeft de Adv.-G. Polis in deze de volgende conclusie genomen:

„In een geding, gevoerd voor de regtb. te Arnhem tusschen den eischer in cassatie en den nu gefailleerde v. d. B. heeft deze laatste reconventioneel gevorderd: veroordeeling van den eischer tot het aan hem doen van rekening en verantwoording van zeker door den eischer voor hem gevoerd beheer. Bij vonnis van 22 *Mei* 1882 verklaarde de regtb. die reconventionele vordering niet-ontvankelijk. In die uitspraak werd door v. d. B. niet berust, maar hij maakte van zijn regt van appel eerst gebruik *op* 17 *Febr.* 1883, nadat de eischer hem bij dagvaarding van 16 *Febr.* 1883 voor dezelfde regtb. had opgeroepen om zijne (des eischers) rekening en verantwoording van voorbedoeld beheer op te nemen; en, bewerende dat zijne reconventionele vordering tot het doen van rekening aanhangig was, toen de eischer zijne vordering tot het opnemen van rekening instelde, excipieerde hij tegen deze laatste vordering van *litispendentie*, *met conclusie tot niet-ontvankelijkverklaring dier vordering*, exceptie die, door de regtb. verworpen, in appel bij het beklaagde arr. is toegewezen.

„Het *middel* is, dat bij het beklaagde arr. zijn geschonden en verkeerd toegepast de a. 771, 782, 158 en 343 B.-R., omdat, al mogt tegen den eisch tot het aanhooren van rekening en verantwoording, door dezen eischer tegen den verw. ingesteld, door dezen worden geëxcipieerd van *litispendentie*, op grond dat hij verw. tegen den eischer procedeerde tot het afleggen van rekening, en zulks niettegenstaande verw• daartoe strekkende vordering niet bij eenen anderen regter, en ook niet bij dagvaarding was aangebragt, doch bestond in eenen reconventionelen eisch, die op het oogenblik dat deze eischer zijne vordering deed, was verklaard niet-ontvankelijk, en die eerst daarna door hooger beroep weder werd aanhangig gemaakt, — dan nog in elk geval het gevolg van de toewijzing der exceptie slechts had mogen bestaan in een *renvooi*, doch geenszins in eene *niet-ontvankelijk-verklaring*, en omdat het Hof mitsdien, op gronden buiten de wet, heeft niet-ontvankelijk verklaard de vordering die de eischer aan de wet ontleende.

„Aan de zijde van den verw. is het op dit eenige *middel* gegronde beroep niet alleen *au fond* bestreden, maar is ook de niet-ontvankelijkheid der voorziening beweerd, omdat niet zou blijken, dat het vonnis, waarbij v. D. B. in staat van faillissement is verklaard, *in kracht van gewijsde is gegaan*, en dus niet zou vaststaan, dat de bij dat vonnis benoemde curator in deze teregt in plaats van den in staat van faillissement verklaarde is gedagvaard, en omdat de eischer zou hebben berust in het door hem bestreden arr., als hebbende hij, door gevolg te geven aan het arr. van het Geregtshof te Arnhem van 27 Junij 1883, en aan dat van 21 Mei 1884 zich onderworpen aan de actie van a. 771 B.-R. die noodwendig de actie van a. 782 B.-R. moet uitsluiten.

„De eerste dier beide gronden van niet-ontvankelijkheid is bij pleidooi niet volgehouden en kan ook wegens het bepaalde bij a. 791 K. niet opgaan. Overigens blijkt niet, en is, meen ik, ook bij pleidooi ontkend, dat de eischer heeft gevolg

gegeven aan het arr. van 21 Mei 1884. En wel heeft de eischer gevolg gegeven aan het arr. van 27 Junij 1883, waarbij des verw° reconventionele vordering tot het doen van rekening is toegewezen, maar „*onder zeer uitdrukkelijk protest*" bij het request tot benoeming van een regter-commissaris, „*van non-prejudice met name ten opzigte van de judiciële verhouding tusschen partijen in de procedure, aanhangig gemaakt bij exploit van dagvaarding van* 16 *Febr.* 1883." Maar ook afgezien van die reserve, kan in het gevolg geven van den eischer aan het arr. van 27 Junij 1883 geene berusting gelegen zijn in de beslissing, waartegen in deze zaak wordt opgekomen. Want al moge de rendant, die gevolg heeft gegeven aan zijne veroordeeling tot het doen van rekening, nu niet ook zijnerzijds tot opneming van rekening kunnen dagvaarden, al moge het voldoen aan de veroordeeling tot het doen van rekening voor dezen rendant tengevolge hebben dat hem nu de *juge du fond* zijne vordering niet meer zal kunnen toewijzen, daaruit volgt toch niet, dat zal moeten gehandhaafd worden de in deze uitgesproken niet-ontvankelijk-verklaring, die het onderzoek der zaak *au fond* heeft afgesneden, en den eischer heeft bezwaard met eene veroordeeling in de kosten, die, indien het *middel* gegrond is, niet ten zijnen laste kan blijven.

„Maar is het *middel* gegrond? Ik geloof ja, doch alleen voor zooverre daarbij schending van de a. 771 en 782 B.-R. wordt beweerd. A. 343 B.-R. is, dunkt mij, vreemd aan deze zaak, en a. 158 B.-R. is door het Hof niet toegepast en kan dus ook niet *verkeerd zijn toegepast*. Wat het Hof noemt een geval van *litispendentie*, dat hier zou bestaan, is, volgens het Hof zelf, *niet juist het geval voorzien bij a.* 158 *B.-R.*, en het Hof heeft dan ook niet, overeenkomstig a. 158, renvooi der zaak uitgesproken, maar de vordering des eischers niet-ontvankelijk verklaard. En het Hof kon niet handelen overeenkomstig a. 158, vermits geen renvooi was gevraagd, en de dagvaarding strekte om de zaak aanhangig te maken,

niet bij *een anderen*, maar bij *denzelfden regter* bij wien de eerste zaak aanhangig was geweest; terwijl ook toen de eischer dagvaardde, de actie van den verw. tot het doen van rekening bij geen regter aanhangig was, *niet meer bij de regtb.*, omdat deze door de niet-ontvankelijk-verklaring was gedessaisisseerd, *nog niet bij het Hof*, omdat de verw. van het vonnis der regtb. nog niet had geappelleerd. En daarom heeft het Hof niet kunnen beslissen, en ook niet beslist, dat de reconventionele vordering van den verw. *hangende* was bij eenigen regter, maar slechts dat toen de zaak van den eischer is begonnen, de beslissing op de reconventionele vordering van den verw. *nog niet was gegaan in kracht van gewijsde, dus toen nog niet was beëindigd*, MAAR ALS HET WARE *als nog aanhangig moest worden beschouwd.*

„Overigens ontbreekt hier ook nog een ander vereischte voor de *litispendentie* van a. 158, welke het Hof met de connexiteit schijnt te verwarren, en dat vereischte is de *identiteit van actiën.* Want de reconventionele vordering tot het doen van rekening, en de actie tot opneming van rekening verschillen niet slechts, zooals het Hof meent, *in den vorm*, maar de juridieke grondslag en de strekking van beide actiën zijn verschillend. De lastgever, die rekening vraagt van het voor hem gevoerde beheer ontleent zijn regt daartoe aan de verbindtenis van zijn lasthebber; de lasthebber die zijne rekening wil doen opnemen aan de verbindtenis van den lastgever; en terwijl de actie van den lastgever strekt om den lasthebber, zoo strekt die van den lasthebber om den lastgever zijne verpligtingen te doen nakomen, verpligtingen die zeker niet dezelfde zijn, al is de rekening die gedaan en opgenomen moet worden dezelfde. Men vergelijke DE PINTO, *Regtsv.* II, § 534, j° 530, voorts BOITARD, aangehaald in de Brusselsche uitgaaf van CARRÉ van 1846, II, 152, noot 1, *in fine*, en PIGEAU, (Parijs 1809) I, 140, die als voorbeeld van *litispendentie* opgeeft het geval, dat iemand zijnen schuldenaar

dagvaart tot betaling van dezelfde schuld, eerst voor de regtb. te Parijs, vervolgens voor die te Rouaan.

„Al moge dus in cas van *litispendentie* niet-ontvankelijkverklaring der tweede vordering, door den regter bij wien deze wordt aangebragt, door a. 158 niet zijn uitgesloten, en zelfs moeten worden uitgesproken, waar geen renvooi is gevraagd, wat ik voor deze zaak niet behoef te onderzoeken, hier bestond geen *litispendentie*, en hier kan dus ook de uitgesproken niet-ontvankelijk-verklaring door geen beroep op *litispendentie* worden goedgemaakt.

„En het Hof heeft door die niet-ontvankelijkverklaring de a. 771 en 782 B.-R. geschonden, omdat de eischer aan die wetsbepalingen ontleende het regt om zijne rekening, die de verw. nog niet had opgenomen en goedgekeurd, door dezen in regten te doen opnemen, de eischer van dat regt nog geen gebruik had gemaakt, geene actie van den eischer tegen den verw. tot het opnemen van zijne rekening bij eenigen regter hangende was toen de eischer deze vordering instelde, en de eischer dus op gronden buiten de wet, eigenlijk op grond van verknochtheid van zijne vordering met eene andere nergens aanhangige zaak, maar die weer kon aanhangig gemaakt worden, en dan ook nà de dagvaarding in deze zaak aanhangig gemaakt is, verstoken is van een regt, dat hem krachtens de wet toekwam.

„Op het arr. van 13 Apr. 1876 (v. D. HON., *B.-R.* XLI, 180), kan de verw. zich niet voor zijn stelsel beroepen, omdat daarbij het beroep is verworpen, alleen op grond, dat niet was toegepast a. 158 B.-R., waarvan de verkeerde toepassing was beweerd, en in elk geval daar bestond wat hier ontbreekt, nl. de identiteit der beide actiën.

„Ik meen dus, dat het beklaagde arr. zal behooren te worden gecasseerd. En dan zal de Raad ten principale moeten beslissen, al heeft het Hof onnoodig geoordeeld uitspraak te doen omtrent de subsidiair door den app[t] (nu verw.) bijge-

bragte *nieuwe weer van regten*, omdat die weer van regten in dezen stand der zaak van geen invloed kan zijn op 's regters beslissing, vermits zij door den app[t] zelven is voorgesteld als op te leveren, en ook werkelijk is, eene verdediging *au fond*, en de zaak nog volstrekt niet *au fond*, maar alleen behandeld is op de z. g. exceptie van *litispendentie*.

„Mijne conclusie strekt tot vernietiging van het beklaagde arr., bevestiging van het vonnis des eersten regters, en veroordeeling van den verw. in de kosten."

ARREST. — De H.-R. d. Ned. — Op het beroep van, enz.;

„O., dat als *middel* van cassatie is voorgesteld: schending en verkeerde toepassing van de a. 771, 782, 158 en 343 B.-R., omdat, al mogt tegen den eisch tot het aanhooren van rekening en verantwoording door dezen eischer tegen den verw. ingesteld, door dezen worden geëxcipieerd van *litispendentie* op grond dat hij verw. tegen den eischer procedeerde tot het afleggen van rekening, en zulks niettegenstaande verw[s] daartoe strekkende vordering niet bij eenen anderen regter en ook niet bij dagvaarding was aangebragt, doch bestond in een reconventionelen eisch, die op het oogenblik dat deze eischer zijne vordering deed, was verklaard niet-ontvankelijk en die eerst daarna door hooger beroep weder werd aanhangig gemaakt, — dan nog in elk geval het gevolg van de toewijzing der exceptie slechts had mogen bestaan in een renvooi, doch geenszins in eene niet-ontvankelijk-verklaring, en omdat het Hof mitsdien op gronden buiten de wet heeft niet-ontvankelijk verklaard de vordering, die de eischer aan de wet ontleende;

„O., dat de verw. heeft beweerd dat de eisch in cassatie niet-ontvankelijk zoude zijn, vooreerst op grond dat uit niets is gebleken dat de heer N. L. J. v. D. B., fabrikant te Arnhem, en vereffenaar van de ontbonden vennootschap onder de firma *„de Arnhemsche Eau-de-Cologne-fabriek"* bij een in kracht van gewijsde gegaan vonnis zou zijn verklaard in staat van faillissement, en mitsdien de nu verw. in cassatie teregt

overeenkomstig a. 813 K. j° a. 4, n° 5, B.-R. zou zijn gedagvaard in plaats en als vertegenwoordiger van v. D. B. voornoemd; — ten andere omdat de nu eischer reeds in het thans door hem bestreden arr. heeft berust, als hebbende hij, door gevolg te geven aan het arr. van het Geregtshof te Arnhem van 27 Junij 1883, alsmede aan het arr. van datzelfde Hof van 21 Mei 1884, zich onderworpen aan de actie van a. 771 B.-R., welke noodwendig die ingevolge a. 782 B.-R. moet uitsluiten;

„O., dat de eerste grond voor de niet-ontvankelijkheid afstuit op de bepaling van a. 791 K., volgens welke een vonnis van faillietverklaring zonder uitstel moet worden ten uitvoer gelegd niettegenstaande hooger beroep of verzet, zoodat, ook al mogt het vonnis, waarbij v. D. B. is verklaard in staat van faillissement, tijdens de dagvaarding in cassatie nog niet in kracht van gewijsde zijn gegaan, de nu verw. teregt in plaats en als vertegenwoordiger van dezen is gedagvaard;

„O. ten aanzien van den tweeden grond voor de niet-ontvankelijkheid, dat niet blijkt dat door den nu eischer is gevolg gegeven aan het arr. van het Geregtshof te Arnhem van 21 Mei 1884, en dat, al moge door hem zijn gevolg gegeven aan het arr. van dat Geregtshof van 27 Junij 1883, daaruit niet volgt dat hij zoude hebben berust in het arr. van 13 Febr. 1884, waartegen hij is gekomen in cassatie, omdat, al mogt het voldoen door den eischer aan de veroordeeling tot het doen van rekening en verantwoording tengevolge hebben dat zijn eisch tot het aanhooren van rekening en verantwoording niet meer kan worden toegewezen, daarvan het gevolg niet kan zijn dat hij ook niet tegen de bij het bestredene arr. uitgesprokene niet-ontvankelijk-verklaring zoude kunnen opkomen;

„O., dat derhalve de eisch in cassatie is ontvankelijk;

„O. nu ten aanzien van het aangevoerde *middel* van cassatie, dat in de 10ᵉ overw. van het bestreden arr. wordt overwogen dat *in casu* een geval van *litispendentie* bestaat,

ofschoon niet juist dat hetwelk bepaaldelijk bij a. 158 B.-R. is voorzien; dat derhalve dit a. in deze niet is toegepast, en er dus ook over verkeerde toepassing van gezegd a. niet kan worden geklaagd, en dat daarom ook de bij het *middel* gevoerde bewering niet kan opgaan dat het Hof, door de zaak niet te verwijzen, maar den eisch niet-ontvankelijk te verklaren, meergenoemd a. zoude hebben geschonden, terwijl van schending of verkeerde toepassing van a. 343 B.-R. in deze in het geheel geen sprake kan zijn;

„O. verder, dat de uitgesproken niet-ontvankelijkheid hierop berust, dat volgens 's Hofs oordeel, uitgesproken in de 9e overw., het onderwerp der reconventionele vordering, de eisch tot het doen van rekening en verantwoording van zeker beheer, en het onderwerp van de tegenwoordige actie, het opnemen van rekening en verantwoording van identiek hetzelfde beheer, al is er eenig verschil in den vorm van beide actiën, inderdaad hetzelfde is, te weten: de aflegging in regten van eene en dezelfde rekening en verantwoording, en dat ook de actie in reconventie niet was beëindigd door het vonnis van 22 Mei 1882, toen het onderwerpelijk geding op 16 Febr. 1883 werd aangevangen, omdat gezegd vonnis, voor zoover de beslissing op de reconventie betreft, alstoen nog geen kracht van gewijsde had verkregen en het regtsgeding, bij akte van appel van 17 Febr. 1883 voor het Hof aanhangig gemaakt, niet anders is geweest dan de voortzetting van het geding door de reconventionele conclusie van 16 Febr. 1882 ontstaan, waaruit zou volgen dat de tegenwoordige regtszaak is begonnen op een tijdstip toen de vroegere reconventionele vordering nog niet was beëindigd, maar als het ware als nog aanhangig moest worden beschouwd;

„O., dat het Hof hierbij over het hoofd ziet dat *quasi litispendentie* geen grond oplevert tot niet-ontvankelijk-verklaring, en dat de eisch tot het doen van rekening en verantwoording, gegrond op a. 771 B.-R., en de eisch tot het opnemen van

rekening en verantwoording, gegrond op a. 782 van dat Wetb., al mogen beide vorderingen op dezelfde rekening en verantwoording betrekking hebben, zoowel in hun juridieken grond als in hunne strekking verschillend zijn;

„O., dat het Hof, door op evengenoemden grond den eischer in zijn eisch tot het opnemen van rekening en verantwoording niet-ontvankelijk te verklaren, de a. 771 en 782 B.-R. heeft geschonden;

„O., dat mitsdien het aangevoerde *cassatie-middel* in zooverre is gegrond:

„Vernietigt het bestreden arr. van 13 Febr. 1884;

„En regt doende ten principale:

„Bevestigt het vonnis der arr.-regtb. te Arnhem van 28 Junij 1883, waarvan was geappelleerd;

„Veroordeelt den verw. in de kosten, in hooger beroep en cassatie gevallen."

N° 1944. — Arrest van 26 Maart 1885.

(A. 56 B.-R.)

Moet onder verliezende partij *in a.* 56 *B.-R. worden bedoeld de partij*, wier conclusiën *worden afgewezen?* — Ja.

Is dit geschied met den eischer, die in verzet is gekomen op grond dat de vordering van de verw^sse tot een te hoog bedrag was gedaan, op dien grond tot geheele afwijzing van de tegen hem ingestelde vordering heeft geconcludeerd en niettemin is veroordeeld om aan de verw^sse de door haar van hem geëischte, zij het dan ook met een gering bedrag verminderde som te betalen? — Ja.

Voor den req. van cassatie A. B. te Nieuwer-Amstel, ten deze vertegenwoordigd door Mr. D. S. van Emden, is bij dagvaarding aan de verw^sse in cassatie, de Ned. Zandsteenfabriek, gevestigd te IJmuiden, aangezegd:

„A. op 24 Junij 1884 door de arr.-regtb. te Amsterdam een vonnis is gewezen tusschen den nu eischer als opposant

en de verw^{sse} als geopposeerde, waarbij de eischer ten onregte is verklaard kwaad opposant tegen een vonnis bij verstek op 22 Jan. 1884 tusschen partijen door dezelfde regtb. gewezen;

„A. toch de nu eischer was in verzet gekomen op grond dat hij tot betaling gedagvaard en veroordeeld was tot betaling van meer dan hij schuldig was, en de nu verw^{sse} *na* het verzet bij conclusie van antwoord eerst zijne vordering met het te veel gevorderde bedrag heeft verminderd;

„A. daardoor de nu verw^{sse} erkend heeft dat de eischer teregt in verzet kwam, en ook al deed deze geenerlei aanbod, — iets waartoe geen wetsa. de verpligting oplegt, — de regtb., door tot niet meer te veroordeelen dan schuldig erkend was, inderdaad den nu eicher *niet* in het ongelijk stelde, al verklaarde zij hem ook kwaad opposant, — en hem dus ten onregte veroordeelde in de proceskosten;

„A. de nu eischer hierdoor bezwaard is en hij als *cassatie-middel* voorstelt: schending en verkeerde toepassing van a. 6 B.-R. j° a° 82 van datzelfde Wetb.;

„A. de eischer tot staving hiervan de beide vonnissen en de verdere processuële stukken overlegt;

„Op deze nader bij pleidooi te ontwikkelen gronden te hooren vernietigen het vonnis op 24 Junij 1884 door de arr.-regtb. te Amsterdam tusschen partijen gewezen, met zoodanige verdere regeling van het geding als de H.-R. zal geraden achten en met veroordeeling van den nu verw^{sse} in de kosten van het geding."

Voor de verw^{sse}, „de Nederlandsche Zandsteen-fabriek te IJmuiden," vertegenwoordigd in deze door Mr. Vlielander Hein, adv. bij den H.-R., is hierop bij conclusie geantwoord, als volgt:

„A. feitelijk vaststaat dat de eischer de tegen hem ingediende vordering van hoofdsom, renten en kosten als opposant op geen andere wijze heeft bestreden dan dat hij, vermits de

vordering tot een te hoog bedrag was gedaan, concludeerde tot hare *geheele* afwijzing, met kosten;

„A. alsnu de regtb., nadat de vordering tot het onbetwist bedrag was verminderd, en onder opmerking, dat de opposant geenerlei aanbod van welken aard ook had gedaan tot kwijting van het door hem verschuldigde grootste deel der vordering, de verminderde vordering heeft toegewezen en dus de conclusie des opposants heeft afgewezen;

„A. opposant derhalve, in het ongelijk gesteld op de hoofdzaak, noodzakelijk moest veroordeeld in de kosten, vermits ook bij oppositie-procedure het voor de kosten niet de vraag is of de partij de eene of andere juiste bewering voert, maar of zij wordt gesteld in het gelijk of het ongelijk;

„A. derhalve de eischer tegen zijn kosten-condemnatie niet kan opkomen, zoolang hij niet tevens aanwijst welke wet zou zijn geschonden door zijn condemnatie op de hoofdzaak, iets wat hij niet kan verhelpen door de zonderlinge bewering dat hij, veroordeelde, niet is gesteld in het ongelijk;

„A. trouwens van eene bestrijding der condemnatie ten principale slechts dan sprake zou kunnen zijn, indien de opposant een of ander aanbod had gedaan, dat als kwijting of redelijke poging tot kwijting had kunnen in aanmerking komen, doch feitelijk vaststaat dat ten processe elk aanbod ontbrak;

„Zoo wordt voor verw. geconcludeerd tot verwerping van het beroep; kosten regtens."

Namens den Proc.-G. heeft de Adv.-G. Polis in deze de volgende conclusie genomen:

„Bij vonnis der regtb. te Amsterdam van 11 Febr. 1884 is de eischer in cassatie bij verstek veroordeeld om aan de verw^sse^ in cassatie te betalen de door deze van hem gevorderde som van *f* 329.13. Tegen dat vonnis is de eischer gekomen in verzet en, bewerende *f* 31 minder aan de verw^sse^ verschuldigd te zijn dan door deze van hem geëischt werd, heeft hij geconcludeerd: tot ontheffing van de tegen hem uitgesproken

veroordeeling, niet-ontvankelijk verklaring, althans ontzegging van de vordering der verw^sse, en veroordeeling van deze in de kosten op het verzet gevallen. Bij het vonnis waartegen deze voorziening is ingesteld, is de eischer die zich niet op eenig door hem gedaan aanbod van betaling beriep, verklaard kwaad-opposant, en de vordering der verw^sse, verminderd met het volgens den eischer te veel gevorderde bedrag, toegewezen, met veroordeeling van den eischer in de kosten op de procedure van verzet gevallen.

„Dat zijn de feiten, en daarin ligt de wederlegging van het eenige *cassatie-middel*, waarbij beweerd wordt schending of verkeerde toepassing van a. 56 j° 82 B.-R., omdat de regtb., door tot niet meer te veroordeelen dan schuldig erkend was, inderdaad den eischer niet zou hebben in het ongelijk gesteld, ook al verklaarde zij hem kwaad-opposant. Want *verliezende partij* in den zin van a. 56 B.-R., zal dan toch wel zijn de partij *wier conclusiën worden afgewezen*, en dat is geschied met dezen eischer, die in verzet is gekomen op grond, dat de vordering van de verw^sse tot een te hoog bedrag was gedaan, op dien grond tot geheele afwijzing van de tegen hem ingestelde vordering heeft geconcludeerd, en niettemin is veroordeeld om aan de verw^sse het door haar van hem geëischte, zij het dan ook met een gering bedrag verminderde, som te betalen.

„Conclusie tot verwerping van het beroep, met veroordeeling van den eischer in de kosten.

ARREST. — De H.-R. d. Ned. — Op het beroep van, enz.;

„O., dat als eenig *middel* van cassatie is aangevoerd: schending en verkeerde toepassing van a. 56 B.-R. j° a. 82 van datzelfde Wetb., omdat de regtb., door tot niet meer te veroordeelen dan schuldig erkend was, inderdaad den nu eischer niet in het ongelijk stelde, al verklaarde zij hem ook kwaad-opposant, en hem dus ten onregte veroordeelde in de proceskosten;

„O., dat dit *middel* derhalve alleen geldt de veroordeeling van den eischer in de kosten van het proces op het door hem gedaan verzet, welke door de regtb. ten onregte zou zijn uitgesproken, ofschoon de eischer, toen opposant, die tot niet meer wordt veroordeeld dan erkend was, eigenlijk niet in het ongelijk zoude zijn gesteld;

„O. echter, dat de eischer in verzet is gekomen tegen het bij verstek tegen hem gewezen vonnis op grond dat de vordering van de verw^sse tot een te hoog bedrag was gedaan en op dien grond heeft geconcludeerd tot geheele afwijzing der tegen hem ingestelde vordering, terwijl hij door de regtb. is veroordeeld om aan de verw^sse het door haar van hem gevorderde, hoezeer dan ook met een gering bedrag verminderd, te betalen;

„O., dat de conclusiën des eischers mitsdien door de regtb. zijn afgewezen, en hij derhalve is gesteld in het ongelijk en teregt in de kosten van het proces veroordeeld;

„Verwerpt de voorziening;

„Veroordeelt den eischer in de kosten daarop gevallen."

N° 1945. — Arrest van 26 Maart 1885.

(A. 3 A.-B., j° a° 1902 B.-W. — A. 1279 B.-W. — A. 25 der Staatsregeling van 1798; a. 16 der Constitutie van 1801; a. 9 der Constitutie van 1805.)

Is de regter bevoegd het bestaan van gewoonte als regtsbron uit eigen wetenschap te putten? — Ja.

Is gebruik in tiendquaestiën volgens het oude regt uitgesloten? — Neen.

Eischt opvordering van tiendregt eene voorafgaande in-mora-*stelling?* — Neen.

Sluit de bewering, dat de onderwerpelijke tiend zoude zijn van feodalen oorsprong, af op de feitelijke beslissing? — Ja.

K. R., landbouwer, wonende op de Nes, bij Schagen, (ten deze vertegenwoordigd door Mr. D. S. van Emden,

adv. bij den H.-R.) heeft zich in cassatie voorzien tegen een arr. van het Geregtshof te Amsterdam dd. 25 Apr. 1884, gewezen tusschen hem req. van cassatie en J. B., vroeger wonende te St. Maarten, thans te Amsterdam, en verdere gereq[n], kinderen en eenige erfgenamen en als zoodanig getreden in de regten en verpligtingen van wijlen hunnen vader P. K., overleden te Wieringerwaard 7 Apr. 1883, die mede-geïnt. was in de procedure in hooger beroep bij het Geregtshof te Amsterdam gevoerd, en hem bij dagvaarding doen aanzeggen de volgende *middelen* van cassatie:

„I. schending en verkeerde toepassing van a. 3 A.-B. in verband met a. 1902 B.-W., omdat het bewijs van het bij eisch gestelde, door den req. ontkende feit, dat hij de uitoefening van het tiendregt zou hebben verhinderd, wordt verkregen door een beroep op het niet-inachtnemen van een ten deze niet bewezen noch bestaand gebruik, en alzoo in strijd met de aangehaalde wetsbepalingen;

„II. schending of verkeerde toepassing van a. 1279 B.-W., omdat na ontzegging der vordering, praestatie der tienden *in naturâ*, als naar 's regters oordeel niet vatbaar voor uitvoering, de req. toch werd veroordeeld tot betaling der waarde als vergoeding voor het niet voldoen aan die verpligting om tienden te geven, zonder voorafgaande *in-morâ*-stelling;

„III. schending of verkeerde toepassing van a. 25 der Staatsregeling van 1798, in verband met de a. 16 van de Constitutie van 1801 en a. 9 van de Constitutie van 1805, omdat bij het arr. *a quo* niet is onderzocht of het onderwerpelijk tiendregt al dan niet van leenroerigen aard of uit het leenstelsel afkomstig was;

„dat het arr. berust op de erroneuse stelling dat dit onderzoek door de latere opheffing van den *nexus feudalis* overbodig zou zijn geworden, daar de Constitutiën van 1801, 1805 en 1806, het Organiek decreet en de Grondwetten van 1814 en 1815 de afschaffing bij a. 25 der Staatsregeling van 1798

geproclameerd, slechts hebben bekrachtigd en de latere wetgevende arbeid omtrent de schadevergoeding, dat beginsel in geenen deele heeft te niet gedaan, noch kan te niet doen.

„En op grond van die *middelen* te hooren vernietigen het arr., waartegen zij zijn gerigt, met verdere regtspraak zooals de H.-R. zal vermeenen te behooren; kosten als naar regten."

Bij conclusie van antwoord is voor de verw[s] (vertegenwoordigd door Mr. VLIELANDER HEIN, adv. bij den H.-R.) hiertegen opgemerkt en geconcludeerd als volgt:

„I. Het geldt hier een oud tiendregt, en het is *in confesso* dat de tiendpligtige zijnen geheelen oogst heeft weggevoerd en tot zich genomen zonder den tiendheffer de gebruikelijke weet te doen. Het Hof beslist, dat de tiendpligtige, naar de regelen van het tiendgebruik, tot het doen van die weet verpligt was en hij dus, door dat na te laten en zijn oogst eenvoudig weg te halen, de uitoefening van het tiendregt heeft verhinderd.

„Hoe nu daarin kan gelegen zijn eene schending van a. 1902 B-W. of van a. 3 A.-B. is niet duidelijk. De eischer wraakt het niet, dat in zake van oude tiendregten op de oude gewoonten beroep worde gedaan, doch dan kan ook schending van a. 3 A.-B. niet worden volgehouden. En waar de regter eene zekere gewoonte als bestaande en dus als bewezen aanneemt, hoe kan daar a. 1902 B.-W. zijn miskend? Meende de eischer inderdaad, dat het doen der weet ten onregte als verpligting des tiendpligtigen is aangenomen, hij had die stelling dan door bij het *middel* aan te wijzen wetsbepalingen moeten staven.

„II. Mag de tiendpligtige zijn oogst niet wegvoeren zonder den tiendheffer behoorlijk in de gelegenheid te hebben gesteld om te komen vertienen, maar neemt hij zijn oogst toch naar huis zonder de weet te doen, dan doet hij iets dat hij naar regten had moeten nalaten. Was dus ons obligatie-regt op de zaak toepasselijk, dan bewees ongetwijfeld reeds a. 1278 dat de *in-morâ*-stelling van het aangehaalde a. 1279 ten deze

geen vereischte was om tot schadevergoeding te komen. Doch al ware dat anders, het *middel* rigtte met a. 1279 niets uit. De eischer zou, wilde hij zijn veroordeeling aanvallen, moeten aantoonen, dat en waar het oude regt den tiendheffer verbiedt om zonder eene voorafgaande in-gebreke-stelling de waarde te eischen van zijn door den tiendpligtige weggehaalde tiendvruchten. Die onderneming zou echter moeijelijk vallen. Het oude regt was veeleer geneigd de weghaling van den oogst als diefstal aan te merken en ook het nieuwe tiendregt, a. 795, beschouwt de handeling, en teregt, als regtstreeksche regtskrenking.

„III. 's Hofs stelling, dat van a. 25 der Staatsregeling van 1798 het regtsgevolg wèl is geweest vrijwording van den feodalen band, doch niet verval van het tiendregt zelf, is geheel in overeenstemming met de bestaande jurisprudentie, zooals die zich sedert 's H.-R.'s arr. van 20 Oct. 1848 (v. D. HON., *Verz. v. arr. G.-Z.* VIII, 32 en v.) op dit punt heeft gevestigd. En het *middel* noemt die stelling wel eene erroneuse, doch wijst niet aan waar de dwaling zit. De verw^{s} kunnen dus bij deze schriftuur volstaan met zich te gedragen aan de heerschende leer.

„Te eerder bovendien omdat, al waren inderdaad door a. 25 alle feodale tiendregten vernietigd geworden, de eischer, blijkens het arr., geenszins heeft aangetoond, dat het tiendregt in geschil een feodaal tiendregt was, en dus als zoodanig dat lot zou gedeeld hebben. Immers, wel heeft hij, volgens de 8^{e} overw., den feodalen oorsprong van het tegen hem ingeroepen regt beweerd als een van zelf sprekende, doch het arr. noemt die leer eene dwaling, en bij het *middel* wordt geenszins beweerd, veelmin aangetoond dat hier de dwaling zou zijn aan de zijde van het Hof. Voegt men daarbij nog dat volgens de 7^{e} overw. van het arr. schijnt vast te staan de door den eischer niet aangevallen beslissing, dat de tienden in geschil oorspronkelijk bij wettig verdrag verkregen zijn,

dan schijnt de bij het *derde middel* aangekondigde strijd tot gelegener tijd te moeten uitgesteld.

„Op deze gronden wordt voor de verw^e^ geconcludeerd tot verwerping van het beroep; kosten regtens."

In deze zaak heeft de Adv.-G. Polis, namens den Proc.-G., de volgende conclusie genomen:

„Er zijn in deze zaak *drie middelen* voorgesteld. Het *eerste* heet: schending en verkeerde toepassing van a. 3 A.-B. in verband met a. 1902 B.-W., omdat het bewijs van het bij eisch ingestelde, door den req. ontkende feit, dat hij de uitoefening van het tiendregt zou hebben verhinderd, wordt verkregen door een beroep op het niet in acht nemen van een ten deze niet bewezen, noch bestaand gebruik, en alzoo in strijd met de aangehaalde wetsbepalingen.

„Het *middel* is gerigt tegen de 8^e^ overw. van het arr., waar het Hof, na geconstateerd te hebben, dat het tusschen partijen *in confesso* is, dat de nu eischer zijne oogsten heeft doen vervoeren, zonder de nu verw^s^ in de gelegenheid te hebben gesteld om hun tiendregt uit te oefenen, beslist: „dat „volgens de allereerste beginselen van het tiendgebruik de „tiendheffer of zijn pachter niet mag komen vertienen, vóór „dat de tiendschuldige landbouwer zijne gesneden of gesnoeide „oogsten tiendbaar heeft gesteld, en de wete daarvan heeft „gedaan, en dat daaruit volgt, dat indien de tiendpligtige „geene wete doet, en hij den ganschen oogst binnenhaalt, „hij daardoor de uitoefening van het tiendregt verhindert."

„En door die beslissing kunnen de bij het *middel* aangehaalde wetsbepalingen niet zijn geschonden, omdat volgens a. 802 B.-W. de oude tienden, en van de zoodanige is hier kwestie, moeten beoordeeld worden niet naar de tegenwoordige wet, maar naar het van ouds daaromtrent gegolden hebbend regt, 's Hofs beroep op de „beginselen van het tiendgebruik" dus niet wordt gewraakt door a. 3 A.-B. en a. 1902 B.-W. geene voorschriften geeft omtrent de wijze waarop de regter

tot de kennis van het bestaan eener regtsgeldige gewoonte behoort te komen, en hem dus ook niet verbiedt om met die gewoonte als regtsbron uit eigen wetenschap bekend te zijn, conform arr. van 10 Apr. 1884 (*Rspr.* CXXXVI, 394; v. D. HON. *B.-R.*, XLIX, 344); voorts WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandecten Rechts*, I, § 17, p. 47 en GOUDSMIT, *Pandecten Systeem* I, § 15, p. 32.

„Het *tweede middel* luidt: schending of verkeerde toepassing van a. 1279 B.-W., omdat na ontzegging der vordering: praestatie der tienden *in natura*, als naar 's regters oordeel niet vatbaar voor uitvoering, de req. toch veroordeeld werd tot betaling der waarde als vergoeding voor het niet voldoen aan die verpligting tienden te geven, zonder voorafgaande *in-morâ* stelling.

„De grief stuit af op 's Hofs beslissing in den 4[n] cons., dat vermits voldoening der akkervruchten zelven niet meer voor uitvoering vatbaar is, de regtb., wier vonnis door het Hof bevestigd wordt, de door overeenstemming van partijen goedgekeurde waarde ad *f* 233.75 toegewezen heeft, *en dat de betaling van die geldswaarde niet is vergoeding voor schade wegens niet-nakoming, die niet is gevraagd, maar vervulling van de verbindtenis.* Het geval van a. 1279 B.-W. bestaat dus hier niet, en de vraag of de tiendpligtige naar oud tiendregt, ook zonder voorafgaande *in-morâ*-stelling, tot betaling der waarde van de tiendvruchten kan veroordeeld worden, wanneer hij den oogst wegvoert, zonder den tiendheffer in de gelegenheid te hebben gesteld om te komen vertienen, betreft niet, zooals gepleit is voor den eischer *den vorm der handeling*, die beoordeeld moet worden naar de thans vigerende wet, maar het regt van den tiendheffer en de verpligtingen van dien tiendschuldige, en kan dus hare oplossing slechts vinden in het oude regt, dat bij het *middel* niet beweerd wordt geschonden of verkeerd toegepast te zijn.

„Eindelijk is het *derde middel*: schending of verkeerde toepassing van a. 25 der Staatsregeling van 1798, in verband

met de a. 16 van de Constitutie van 1801 en 9 van de Constitutie van 1805, omdat bij het arr. *a quo* niet is onderzocht of het onderwerpelijke tiendregt al dan niet van leenroerigen aard of uit het leenstelsel afkomstig was; dat het arr. berust op de erroneuse stelling, dat dit onderzoek door de latere opheffing van den *nexus feudalis* overbodig zou zijn geworden, daar de Constituties van 1801, 1805 en 1806, het Organiek decreet en de Grondwetten van 1814 en 1815 de afschaffing bij a. 25 der Staatsregeling van 1798 geproclameerd slechts hebben bekrachtigd, en de latere wetgevende arbeid omtrent de schadevergoeding dat beginsel in geenen deele heeft te niet gedaan, noch kan teniet doen.

„De leer van het arr., dat tienden hier te lande, al ontleenen zij haren oorsprong uit het leenstelsel, niet kunnen geacht worden door a. 25 der Staatsregeling van 1798 werkelijk te zijn afgeschaft, is in overeenstemming met 's Raads arr. van 20 Oct. 1848, door de verw* aangehaald en ook te vinden bij v. D. HON., *G.-Z.* VIII, 82, maar kan hier buiten beschouwing blijven omdat, al kon worden aangenomen, dat de tiendregten van *leenroerigen aard of uit het leenstelsel afkomstig*, zijn afgeschaft, hier van zoodanig tiendregt geen sprake is, vermits het Hof niet, zooals bij het *middel* wordt beweerd, zich onthouden heeft van het onderzoek naar den aard van dit tiendregt, maar in den zevenden cons. beslist: *„dat door de aaneengeschakelde reeks van bescheiden, die de „geïnt"* (nu verw*) *hebben overgelegd, bewezen wordt dat de „tienden van de heerlijkheid Schagen, Schagercogge en Barghorn, „waarbinnen de landen van den app*t (nu eischer) *gelegen zijn, „oorspronkelijk bij wettig verdrag verkregen zijn"*, en in de achtste overw.: *„dat de door den app*t *gebezigde uitdrukking, als „zouden deze tienden zijn van feodalen oorsprong, eene regtskun„dige dwaling bevat, omdat leenverband en bezit van tiend geene „verwantschap van afstamming hebben,"* terwijl eerst na die beslissing, waartegen bij het *middel* niet wordt opgekomen,

het Hof laat volgen dat en waarom thans volkomen onverschillig is, of de onderwerpelijke tienden in vroegere eeuwen onder leengoed hebben behoort of niet. En daarom is ook het *derde middel* ongegrond.

„Ik heb de eer te concluderen tot verwerping van het beroep, met veroordeeling van den eischer in de kosten."

ARREST. — De H.-R. d. Ned. — Op het beroep van, enz.;

„O., dat als *eerste middel* van cassatie is voorgesteld: schending en verkeerde toepassing van a. 3 A.-B. in verband met a. 1902 B.-W., omdat het bewijs van het bij eisch gestelde, door den eischer ontkende feit, dat hij de uitoefening van tiendregt zou hebben verhinderd, wordt verkregen door een beroep op het niet in acht nemen van een ten deze niet bewezen noch bestaand gebruik, en alzoo in strijd met de aangehaalde wetsbepalingen;

„O. daaromtrent, dat dit *middel* is gerigt tegen 's Hofs beslissing, dat volgens de allereerste beginselen van het tiendgebruik de tiendheffer of zijn pachter niet mag komen vertienen vóór dat de tiendschuldige landbouwer zijne gesneden of gerooide oogsten tiendbaar heeft gesteld en de wete daarvan heeft gedaan; waaruit volgt dat indien de tiendpligtige, gelijk ten deze is geschied, geen wete doet en den ganschen oogst binnenhaalt, hij daardoor de uitoefening van het tiendregt verhindert;

„dat door deze beslissing a. 3 A.-B. niet is geschonden, omdat het hier geldt eene bij de invoering onzer wetgeving reeds sedert eenige eeuwen bestaande tiend, die volgens a. 802 B.-W. beoordeeld moet worden naar het oude regt; terwijl de nu eischer in gebreke is gebleven eene wetsbepaling aan te halen, waardoor een beroep op gebruik in tiend-quaestien volgens het oude regt uitgesloten zou zijn;

„dat evenmin a. 1902 B.-W. geschonden is, omdat dit alleen ziet op het geval dat iemand zich op eenig feit tot staving van zijn regt of tegenspraak of van eens anders regt

beroept, en niet te pas komt wanneer er sprake is van een aan het gewoonte-regt ontleenden regel, welken de regter onafhankelijk van eenige bewijsvoering door partijen moet toepassen, even goed als hij zulks ten aanzien van eenigen regel van geschreven regt zou moeten doen;

„dat het *eerste middel* mitsdien is ongegrond;

„O., dat als *tweede middel* van cassatie is aangevoerd: schending en verkeerde toepassing van a. 1279 B.-W., omdat na ontzegging der vordering van praestatie der tienden *in natura*, als naar regters oordeel niet vatbaar voor uitvoering, de eischer toch werd veroordeeld tot betaling der waarde als vergoeding voor het niet-voldoen aan de verpligting om tienden te geven zonder voorafgaande *in-morâ*-stelling;

„O. daaromtrent, dat a. 1279 B.-W. ten deze alle toepassing mist, omdat hier geene sprake is van eene persoonlijke verbindtenis des nu eischers, die zich bij niet-nakoming zoude oplossen in vergoeding van kosten, schaden en interesten;

„dat het regt van den tiendheffer om òf de vruchten *in naturâ* òf de waarde in geld te ontvangen, is een zakelijk regt, te beoordeelen naar de daaromtrent bestaande wetten en gebruiken; terwijl de nu eischer niet heeft aangetoond of zelfs beweerd, dat deze eene voorafgaande *in-morâ*-stelling zoude eischen;

„dat mitsdien ook het *tweede middel* is ongegrond;

„O., dat als *derde middel* van cassatie is voorgesteld: schending en verkeerde toepassing van a. 25 der Staatsregeling van 1796, in verband met de a. 16 van de Constitutie van 1801 en 9 van de Constitutie van 1805, omdat bij het arr. *a quo* niet is onderzocht of het onderwerpelijk tiendregt al dan niet van leenroerigen aard of uit het leenstelsel afkomstig was;

„O. daaromtrent, dat deze grief berust op een onjuisten feitelijken grondslag, daar in het beklaagde arr. uitdrukkelijk als bewezen „wordt aangenomen dat de tienden van de heer-

lijkheid Schagen, Schagercogge en Barghorn, waarbinnen de landen van den nu eischer gelegen zijn, oorspronkelijk bij wettig verdrag verkregen zijn, zoodat de door hem gebezigde uitdrukking, als zoude deze tiende zijn van feodalen oorsprong, eene regtskundige dwaling bevat;

„dat de aangehaalde a. der Staatsregelingen van 1798, 1801 en 1805 derhalve op deze tiende niet toepasselijk waren; en ook het *derde middel* is ongegrond;

„Verwerpt het beroep in cassatie;

„Veroordeelt den eischer in de kosten."

N° 1946. — Arrest van 27 Maart 1885.

(A. 3 A.-B. — A. 1607 B.-W. — A. 1633 B.-W.)

Is de regter bevoegd het bestaan van gewoonte, volgens zijne eigene wetenschap, aan te nemen, en is het onverschillig voor partijen langs welken weg hij die wetenschap heeft verkregen? — JA.

Ziet de termijn dien a. 1607 *B.-W. op het oog heeft, op de tijdruimte, die tusschen de opzegging der huur en de ontruiming van het gehuurde moet verloopen?* — JA.

Verwijst a. 1633 *B.-W. ook voor den duur van mondelinge huur van landen naar het plaatselijk gebruik?* — NEEN.

Is de beslissing van het Hof, dat het hakhout als van luttele waarde, hier geheel als bijzaak is te beschouwen, en dat de geheele inzameling der vruchten van het gehuurde in één jaar kan geschieden, als zijnde geheel van feitelijken aard, in cassatie onaantastbaar? — JA.

Vertegenwoordigd door Mr. J. VAN DER JAGT, proc. bij den H. R., heeft A., ook genaamd M. V., landbouwster, wonende te Berlicum, zich in cassatie voorzien tegen een tusschen partijen 22 Julij 1884, door het Geregtshof te 's Hertogenbosch gewezen arr. en bij dagvaarding aan de verw• in cassatie doen beteekenen de volgende *middelen* van cassatie:

„I. schending en verkeerde toepassing van de a. 1902 en 1903 j° a° 1609, 1607, 1633 en 1634 B.-W., a. 3 A.-B. en 50, n° 3, B.-R.,

„*a.* omdat bij het bestreden arr. en bij de beide daarbij bevestigde vonnissen der arr.-regtb. te 's Bosch zonder wettig bewijs en alleen op grond van zoogenaamde eigen wetenschap bij den regter, is beslist, dat de opzegging der huur is geschied met inachtneming der termijnen, die het plaatselijk gebruik, *in casu* te Berlicum, medebrengt.

„*b.* omdat bij het aangevallen arr. en bij de beide bevestigde vonnissen, vooral bij het eerste dier vonnissen, is beslist, dat de termijn, bedoeld bij a. 1607 B.-W. uitsluitend ziet op de tijdsruimte tusschen de opzegging en den dag der ontruiming binnen het aan de opzegging volgende jaar, zonder dat daarbij in aanmerking kan komen of het plaatselijk gebruik tevens medebrengt, dat het tijdstip voor het verlaten van het gehuurde tevens moet zamenvallen met een zoogenaamd scheidingsjaar, d. i. met het einde van een tijdvak van 3 of 5 jaren, te rekenen van het begin der huur naarmate de huurder niet of wel het genot heeft van het hakhout;

„*c.*) omdat noch het arr. noch de vonnissen behelzen, waarop de zoogenaamde eigen wetenschap bij den regter betrekkelijk het plaatselijk gebruik te Berlicum bij opzegging van huur steunt, hetzij op de uitlegging van een aldaar bestaande geschreven costuum, hetzij op de aanneming van een gebruik aldaar, dat op geen zoodanig costuum berust;

„*ad a.* A. de verw° moesten bewijzen, dat de opzegging der huur was geschied met inachtneming der plaatselijke gebruiken;

„A. dat bewijs alleen door wettige bewijsmiddelen kon worden geleverd, en geen andere bewijsmiddelen bestaan dan die bij a. 1903 B.-W. zijn opgenoemd, waaronder de zoogenaamde eigen wetenschap bij den regter niet voorkomt;

„*ad b.* A., zooals door de eisch°°° overeenkomstig het

plaatselijk gebruik te Berlicum is beweerd, dat gebruik medebrengt, dat de opzegging van huur moet geschieden niet alleen een zekeren tijd en meer dan zes weken vóór Kerstmis, maar tevens zoodanig, dat de tijd om het gehuurde te verlaten, invalt met een zoogenaamd scheidingsjaar, zijnde het laatste jaar van tijdvakken van 3 of 5 jaren, te rekenen van den aanvang der mondelinge huur, naarmate de huurder niet of wel het genot van het schaarhout heeft;

„A. nu bij de vonnissen der regtb., zooals meer bijzonder uit het eerste vonnis blijkt, ten onregte is aangenomen, dat de uitdrukking in a. 1607 B.-W.: „met inachtneming der termijnen, welke het plaatselijk gebruik medebrengt," uitsluitend ziet op het tijdsverloop tusschen de opzegging (zes weken vóór Kerstmis) en den tijd der verlangde ontruiming op de gebruikelijke tijdstippen van het eerstvolgende jaar, (de hof- en weilanden met half Maart, de gebouwen met Pinksteren, enz.), zonder dat in aanmerking zoude komen, dat het plaatselijk gebruik tevens medebrengt, dat de termijn voor het verlaten van het gehuurde ook op een scheidingsjaar moet invallen;

„A. echter, wanneer het plaatselijk gebruik medebrengt dat bij opzegging van een mondelinge huur zoodanige termijn moet worden inachtgenomen, dat de opzegging geschiedt zekeren tijd, hetzij zes weken, hetzij langer, vóór Kerstmis, en dat die termijn tevens zoodanig moet zijn, dat het verlangde tijdstip voor het verlaten van het gehuurde, invalt met het verstrijken van een tijdvak van 3 of 5 jaren, naarmate de huurder niet of wel het genot heeft van het schaarhout, de termijn dan volgens het plaatselijk gebruik niet is in achtgenomen, wanneer aan die beide vereischten niet is voldaan;

„*ad c.* A., wanneer men konde aannemen, dat buiten de bij de wet aangewezen bewijsmiddelen, de regter op grond van zoogenaamde eigen wetenschap een plaatselijk gebruik konde aannemen, — des neen, — dan toch in ieder geval

de uitspraak èn *in facto* èn *in jure* zou moeten vermelden, waarop die eigen wetenschap steunt;

„A. toch wanneer in een plaats een geschreven costuum bestaat, zooals niet zelden het geval is, waarbij de termijnen van opzegging van huur worden bepaald, en hoedanig costuum doordien het B.-W. naar het plaatselijk gebruik verwijst, alzoo verbindend is, — de uitlegging en de al of niet behoorlijke toepassing van dergelijk costuum ook een onderzoek in cassatie kan uitmaken;

„A. voorts, al konde de eigen wetenschap bij den regter door anderen dan door de bij a. 1903 bepaalde wettige bewijsmiddelen worden verkregen, dan toch in ieder geval die wetenschap niet zou mogen worden verkregen door niet-wettige bewijsmiddelen, b. v. door onbevoegde getuigen, door splitsing van bekentenis, enz., zoodat moet blijken, hoe die wetenschap betrekkelijk het plaatselijk gebruik verkregen is;

„A. uit dien en anderen hoofde in elk geval de uitspraak de gronden moet vermelden, waarop die eigen wetenschap steunt;

„II. schending en verkeerde toepassing van de a. 1633 en 1634 j° 1607, 1609 en 1944 B.-W. en van de a. 222 en 59, n° 3, B.-R., omdat bij het bestreden arr. en de beide daarbij bevestigde vonnissen

„*a.* is beslist dat, ofschoon vaststaat dat tot de vruchten van het gehuurde behoort de opbrengst van het hakhout en dat dit slechts om de 5 jaren gekapt wordt, de mondelinge huur ingevolge a. 1633 B.-W. toch zou moeten gerekend worden slechts voor één jaar te zijn aangegaan;

„*b.* zonder wettelijken grond is aangenomen, dat de opbrengst van het hakhout over de vijf jaren slechts bedraagt *f* 250, en het Hof ten onregte en zonder daarvoor eenigen grond hetzij *in jure*, hetzij *in facto* aan te voeren, het door de eisch^sse gevraagd onderzoek door deskundigen heeft gepasseerd;

„*c.* is beslist dat, hoewel is aangenomen dat bij de

bebouwing der landerijen voor de bemesting, de bezaaijing en de beteeling der afzonderlijke perceelen, eene afwisseling van 3 jaren gevolgd wordt, toch de zonder geschrift aangegane huur zou moeten gerekend worden slechts voor één jaar te zijn aangegaan, omdat ieder van de landerijen elk jaar een vrucht oplevert, en de opbrengst van de schoof van het eene jaar, afgezien van gesteldheid van weder en dergelijken, geacht moet worden in waarde gelijk te staan met de opbrengst van een ander jaar;

"*ad a.* A. a. 1633 B.-W. als regel stelt, dat de huur, zonder geschrift aangegaan, wordt gerekend aangegaan te zijn voor zoodanigen tijd als de huurder noodig heeft tot het inzamelen van *alle* de vruchten van het verhuurde erf;

"A. het schaar- of hakhout ontegenzeggelijk behoort tot de vruchten van het verhuurde;

"A. nu vaststaat, dat het hout slechts om de 5 jaren gekapt wordt, en er alzoo niet slechts één, maar vijf jaren noodig zijn, opdat de huurder ook het hakhout, en alzoo *alle* de vruchten van het gehuurde kan inzamelen, zoodat *in casu* de huur, ingevolge a. 1633, moet gerekend worden te zijn aangegaan niet voor één jaar, maar voor vijf jaren;

"A. voor zooveel noodig mede vaststaat en door de regtb. zelfs uitdrukkelijk is aangenomen, terwijl ook het Hof niet het tegendeel aangenomen heeft, — dat de opbrengst van het hakhout het eene jaar tegen het andere zeer uiteenloopt;

"A. al wilde men aannemen, dat de opbrengst van het schaarhout over de vijf jaren slechts een waarde had van *f* 250, en dat alzoo, ofschoon de opbrengst van het eene jaar met die van een ander jaar zeer in waarde verschilt, de gemiddelde waarde per jaar slechts *f* 50 zou beloopen, terwijl de jaarlijksche huurprijs van de geheele hoeve *f* 425 zou bedragen, — dit niet wegneemt, dat het hakhout tot de vruchten van het verhuurde behoort;

"A. gevolgelijk het doen afhangen van den duur der huur

van de meerdere of mindere waarde van eenige soort der vruchten, *in casu* van het hakhout, is het maken van een onderscheiding buiten de wet en in strijd met de bepaling van meergemeld a. 1633;

„*ad b.* A. daarenboven en voor zooveel noodig is aangenomen, dat de opbrengst van het schaarhout over de vijf jaren slechts eene waarde heeft van *f* 250;

„A. blijkens het interlocutoire vonnis de waarde van de opbrengst van het hout geen onderwerp van bewijsvoering heeft uitgemaakt, die waarde niet op grond van verklaringen van een of ander der getuigen is kunnen aangenomen worden, en zoodanige verklaringen overigens niets anders zouden zijn dan bijzondere meeningen of gissingen, bij redenering opgemaakt;

„A. voorts bij het bestreden arr. het door de eisch^sse zeer subsidiair gevraagd onderzoek door deskundigen, ten onregte is gepasseerd, en bij het arr. ook geene gronden, hetzij *in jure* hetzij *in facto* voorkomen, waarom het onderzoek door de deskundigen onnoodig is geacht;

„*ad c.* A. uit het beginsel vervat in al. 1 van a. 1633, en waarin de 2^e en 3^e al's slechts een uitvloeisel en voorbeelden zijn, volgt, dat wanneer de bebouwing der landerijen zoodanig geschiedt, dat met het oog op de bemesting, de bezaaijing en de beteeling der afzonderlijke perceelen zoodanige volgorde wordt inachtgenomen, dat er een bepaald aantal jaren noodig is, opdat de afzonderlijke perceelen de vruchten hebben opgeleverd, die ze naar de wijze van bebouwing moeten opleveren, — de mondelinge huur moet gerekend worden voor zoodanig aantal jaren te loopen;

„A. ten onregte het tegendeel is aangenomen, omdat meer bepaald op de bouwhoeve te Berlicum de in Frankrijk aangenomen wijze van bebouwing, waarbij jaarlijks een gedeelte der landerijen braak blijft liggen, niet gevolgd wordt, vermits het *daar* gebruikelijke braakliggen, *hier* vervangen wordt door het verschil, het eene jaar tegen het andere, in

de wijze van bemesting, en in de vrucht, die geteeld wordt, en de *in casu* aangevoerde grond, dat de schoof van het eene jaar, afgezien van weersgesteldheid of anderen dergelijken invloed, met dien van een ander jaar niet geacht kan worden in waarde te verschillen, niet minder bestaat bij het jaarlijks laten braak liggen van een evenredig gedeelte der landerijen;

„Voorts op grond van die *middelen* te hooren vernietigen bovengemeld tusschen partijen gewezen arr. van het Geregtshof te 's Hertogenbosch en om door den H.-R., doende wat het Hof had behooren te doen, alsnog te hooren vernietigen beide tusschen partijen door de arr.-regtb. te 's Hertogenbosch 15 Junij 1883 en 8 Febr. 1884 gewezen vonnissen en waarvan bij het Hof was geappelleerd, en den door de verw[s], oorspronkelijke eischers, gedanen eisch alsnog te hooren verklaren niet-ontvankelijk of ongegrond, immers dien te hooren ontzeggen, met hunne veroordeeling in de kosten van eerste instantie, van appel en van cassatie; — zeer subsidiair met vernietiging van voormeld arr., de zaak terug te wijzen naar voormeld Hof of naar een aangrenzend Hof, ten einde, met inachtneming van 's H.-R's uitspraak op het door de eisch[sse] bij het Hof gedaan verzoek tot onderzoek door deskundigen nader te beslissen zooals bevonden zal worden te behooren, — in dit geval met veroordeeling van de verw[s] in de kosten van appel en van cassatie";

Voor de verw. in cassatie, vertegenwoordigd door Mr. M. Eyssell, proc. bij den H.-R., werd de volgende conclusie van antwoord ter audientie voorgedragen:

„A. door de eisch[sse] in cassatie is voorgesteld als *eerste middel:* schending en verkeerde toepassing van de a. 1902 en 1903 j[o] a[a] 1609, 1607, 1633, 1634 B.-W., a. 3 A.-B., en a. 59, n[o] 3 B.-R., omdat *a.* enz.; *b.* enz.; *c.* enz.;

„A. de regtb. bij haar interlocutoir vonnis van 15 Junij 1883 heeft beslist, uit eigen wetenschap te weten, dat het te Berlicum de gewoonte is om stilzwijgend voortgezette huur

van bouwhoeven, na expiratie eener schriftelijke huur op te zeggen zes weken voor Kerstmis van het jaar voorafgaande aan dat, waarin de huur zal eindigen;

„A. het aangevallen arr. deze beslissing heeft bevestigd met de bijvoeging nog van 's Hofs eigene bekendheid met dat gebruik;

„A. alzoo niet, zooals het *middel* wil, de regter beslist heeft: „dat de opzegging der huur is geschied met inachtneming „der termijnen, die het plaatselijk gebruik, *in casu* te Berlicum, „medebrengt," daar die termijn, als gebleken uit het exploit van opzegging, feitelijk vaststond en derhalve geen beslissing behoefde, doch integendeel de regter heeft aangenomen het bestaan van het gebruik en zijne bekendheid daarmede;

„A. die bekendheid met gebruiken der plaats een logisch uitvloeisel is van de taak des regters die, als zijnde, zooals *in casu*, die gebruiken de grond waarop het regt der partijen steunt, verpligt is zich die gronden eigen te maken en die zelfs ambtshalve bij zijne beslissing aan te vullen. De feiten toch van het geschil verneemt de regter van de partijen en aan de hem opgegevene is hij gebonden; het regt en de gronden, waarop dit steunt, kent hij *(curia novit jus)*;

„A. het bestaan van een plaatselijk gebruik, van eene gewoonte, zoo men het een feit wil noemen, niet is een feit in den zin waarin a. 1902 B.-W. van feiten spreekt, want de gewoonte vormt een algemeenen regel van regt, die niet alleen voor het onderhavige geschil geldt, maar voor alle dergelijke geschillen en geheel afgescheiden van den wil der partijen het regt doen ontstaan. Het bijzondere feit staat daartegenover en dit is het feit, waarvan a. 1902 B.-W. spreekt;

„A. het dan ook niet aangaat om een onderzoek in te stellen naar de wijze waarop de regter tot de kennis eener gewoonte komt. Tot het vervullen van zijn pligt als regter moet hij den algemeenen regel, — dat is de wet of de gewoonte, — toepassen op het bijzondere geval hetwelk aan

zijne beslissing wordt onderworpen. Daartoe moet hij den algemeenen regel kennen en, zoo hem die op eenigerlei wijze onbekend was, is hij verpligt zich de wetenschap van dien regel eigen te maken op alle wijzen die hem goeddunken en hem daarvoor ten dienste staan. Acht hij het noodig bij zijn onderzoek gebruik te maken van de bewijsmiddelen opgenoemd in a. 1903 B.-W., het staat hem vrij; gebonden er aan is hij niet, zelfs voor het bewijs van het bijzondere feit moet dit a. niet limitatief worden opgevat. De wet zelve geeft daartoe aanleiding door in het Wetb. van B.-R. nog meerdere bewijsmiddelen op te noemen, zie o. a. a. 219, 222 B.-R.;

„A. de regter in cassatie alleen heeft te onderzoeken of de wet goed is toegepast op de feiten, en alzoo in het geval van a. 1607 B.-W. te vragen heeft of de *judex facti* er op gelet heeft dat bij de opzegging van de huur de termijn is inachtgenomen, die volgens het gewoonteregt op de plaats geldende was; dat hij echter niet kan treden in een onderzoek naar dat gewoonteregt, evenmin — aangenomen voor een oogenblik dat er een beschreven costuum bestond en de partij zich daarop beroepen had — als hij in een onderzoek van zulk costuum zou kunnen treden. De wet toch moet door het geheele land gelijk worden toegepast; de gewoonte is uit haren aard op de verschillende plaatsen ongelijk;

„A. bij het aangevallen arr. en de beide vonnissen volkomen juist is beslist dat de termijn van a. 1607 B.-W. uitsluitend ziet op de tijdsruimte tusschen de opzegging en den dag der ontruiming, daar het toch juist die termijn is, die door de gewoonte wordt geregeld en dus hier langer, daar korter kan zijn, terwijl de duur der mondelinge huur als bij het B.-W. geregeld (*in generali* bij a. 1609, *in speciali* bij a. 1633, 1634) overal hetzelfde behoort te zijn. De beslissing omtrent den duur der huur kan altoos aan bovengenoemde a. worden getoetst, zoodat het derhalve niet mogelijk zijn kan dat ten aanzien van dien duur een geldig plaatselijk gebruik zou bestaan;

„A. alzoo geen der ad I aangehaalde a. is geschonden of verkeerd toegepast;

„II. A. als *tweede middel* van cassatie wordt voorgesteld: schending en verkeerde toepassing van de a. 1633 en 1634 j° a° 1607, 1609 en 1944 B.-W. en van de a. 222 en 59, n° 3, B.-R., omdat bij het bestreden arr. en de beide daarbij bevestigde vonnissen *a* enz., *b* enz en *c* enz.;

„A. a. 1633 B.-W. als algemeenen regel stelt voor den duur van mondeling verhuurde landen den tijd, die noodig is tot het inzamelen van alle de vruchten van het gehuurde erf;

„A. het aangevallen arr. en de daarbij bevestigde vonnissen hebben beslist dat de vruchten van het erf in *één* jaar konden worden ingezameld en dat het genot van den houtkap als een bijkomend gedeelte van de vruchten daarop geen invloed uitoefent, omdat in het onderhavige geval de beteling der landerijen de hoofdzaak is, die de eenige maatstaf voor de toepassing a. 1633 moet zijn;

„A. die toepassing volkomen juist is: wil men toch aannemen, dat men vijf jaren de hoeve moet in huur hebben, omdat het hout in gelijkmatige gedeelten over een tijdsverloop van vijf jaren gekapt wordt, dan komt men tot de ongerijmdheid om het bouw- en weiland, waarvan binnen het eerste jaar de vruchten zijn ingezameld en waarvan dus de huur geëindigd is, al dien tijd braak te laten liggen. Waarom toch zou men den huurder het regt geven langer dan de wet zelve bepaalt, het genot eener mondelinge huur van landerijen te hebben? Bovendien bestaan de vruchten, waarvan de inzameling den duur der huur bepaalt in al hetgeen de huurder zaait of plant (benevens natuurlijk genot van het huis enz.) en het *vijfjarig hout*, daar het feitelijk vaststaat, dat geen ander hout mag gekapt worden. De huurder nu is in staat dat alles binnen een jaar in te zamelen, en kan dus geen regt hebben, uit a. 1633 B.-R. ontleend, om langer de landerijen te genieten;

„A. het den *judex facti* uit de gehouden enquêtes gebleken was, dat de waarde van het hout, in verhouding tot de waarde der overige vruchten gering was, en hij daarom het hout als bijzaak beschouwde en de *judex facti* daartoe volkomen bevoegd was, wijl het hem toch geoorloofd was — al mogt ook de waarde van het hout geen onderwerp van bewijsvoering bij het interlocutoir vonnis hebben uitgemaakt — den getuigen zulke vragen te doen als hem dienstig voorkwamen. Dat verder het bij het arr. voorbijgaan van het gevraagd onderzoek van deskundigen is geheel eene *quaestio facti*, waarmede zich de regter in cassatie niet heeft in te laten;

„A. het voor de toepassing van a. 1633 B.-W. alleen de vraag is in hoeveel tijd de huurder zijne vruchten kan inzamelen en waar, zooals *in casu* het feitelijk vaststaat, dat dit binnen een jaar kan geschieden, kan de mondelinge huur nimmer langer dan dien tijd duren. De afwisseling *(rotatie)* der vrucht oefent daarop geen invloed uit, want hoe men ook afwissele, ieder jaar kan men toch al de vruchten inzamelen die het erf oplevert. Met de afwisseling der vrucht staat a. 1633 niet het minst in verband. Deze is uitsluitend in het belang van den landbouwer en een noodzakelijk vereischte voor de vruchtbaarheid van den grond. Wel wordt in al. 3 van het a. gesproken van afwisseling der zaaibeurten. Deze al. blijft echter buiten toepassing, omdat *in facto* is uitgemaakt dat op de onderhavige hoeve geene zaaibeurten in gebruik zijn;

„A. alzoo evenmin de *sub* II aangehaalde a. zijn geschonden of verkeerd toegepast;

„Zoo concludeert de proc. Mr. M. EYSSELL qq., dat bij arr. van den H.-R. het beroep in cassatie zal worden verworpen, met veroordeeling van de eisch^sse in de kosten in cassatie gevallen."

In deze zaak heeft de Adv.-G. VAN MAANEN, namens den Proc.-G., de volgende conclusie genomen :

„Het *eerste cassatie-middel* luidt: schending en verkeerde toepassing van de a. 1902 en 1903 j° 1609, 1607, 1633, 1634 B.-W., a. 3 Alg.-Bep. en a. 59, n° 3, B-W.,

„*a.* omdat bij het bestreden arr. en bij de beide daarbij bevestigde vonnissen der arr.-regb. te 's Bosch, zonder wettig bewijs en alleen op grond van zoogenaamde eigen wetenschap bij den regter, is beslist, dat de opzegging der huur is geschied met inachtneming der termijnen, die het plaatselijk gebruik, *in casu* te Berlicum, medebrengt;

„*b.* omdat bij het aangevallen arr. en bij de beide bevestigde vonnissen, vooral bij het eerste dier vonnissen, is beslist, dat de termijn, bedoeld bij a. 1607 B.-W., uitsluitend ziet op de tijdruimte tusschen de opzegging en den dag der ontruiming, binnen het aan de opzegging volgende jaar, zonder dat daarbij in aanmerking kan komen, of het plaatselijk gebruik tevens medebrengt, dat het tijdstip voor het verlaten van het gehuurde tevens moet zamenvallen met een zoogenaamd scheidingsjaar, dat is met het einde van een tijdvak van 3 of 5 jaren, te rekenen van het begin der huur, naarmate de huurder niet of wel het genot heeft van het hakhout;

„*c.* omdat noch het arr., noch de vonnissen behelzen waarop de zoogenaamde eigen wetenschap bij den regter betrekkelijk het plaatselijk gebruik te Berlicum bij opzegging van huur steunt; hetzij op de uitlegging van een aldaar bestaand geschreven costuum, hetzij op de aanneming van een gebruik aldaar, dat op geen zoodanig costuum berust.

„Over het sub *a* en *c* aangevoerde omtrent de vraag, of het bestaan eener gewoonte mogt zijn aangenomen *op de eigen wetenschap* van den regter en het ontbreken van gronden, waarop die wetenschap berust, kan ik kort zijn, omdat de raadsman van de eisch^sse^ die gedeelten van het *middel* bij pleidooi heeft laten varen. Ze zijn dan ook ongegrond; aangenomen, dat gezegde wetenschap hier als middel van bewijs in den zin van a. 1903 B.-W. ware aan te merken, dan nog

zou dat a. niet geschonden of verkeerd toegepast zijn, omdat het, ook volgens de jurisprudentie van den H.-R., niet is *limitatief*, maar *enunciatief*. (LÉON, ad a. 1903, n° 3; het aangehaalde arr. van 13 April 1884 is ook te vinden *Repr.* CXXXVI, 394; v. D. HON. *B.-R.* XXXVI, 344 en v.).

„Maar volgens a. 3 A.-B. geeft de gewoonte regt, wanneer de wet er naar veewijst; zulks is het geval bij het ten deze toepasselijke a. 1607 B.-W.; zoodanige gewoonte is dus even als het regt, de grond, waarop de regter zijne beslissing bouwt: even als het regt moet hij haar kennen om met juistheid het vonnis te kunnen vellen, en is het onverschillig voor partijen langs welken weg hij die wetenschap hoeft verkregen. In cassatie kan dan dan ook alleen worden onderzocht, of de *judex facti*, bij toepassing van a. 1607 B.-W. heeft gelet op den *termijn*, welken het plaatselijk gebruik medebrengt, niet het gewoonte-regt zelf.

„Voorts is hier niet door de partij beroep gedaan op een *feit* tot staving van zijn regt, zoodat a. 1902 evenmin als 1903 geschonden of verkeerd toegepast is.

„De sub *b* gevoerde bewering berust op eene verkeerde opvatting van geheel onderscheiden voorschriften der wet op het stuk van huur.

„Er was *in casu* geweest eene verhuring bij geschrift aangegaan, na afloop waarvan de huurder in het bezit van het gehuurde was gebleven en gelaten; daarop was dus a. 1609 B.W. van toepassing, volgens hetwelk de gevolgen van die nieuwe huur geregeld worden bij de a. tot mondelinge huur betrekkelijk; dat zijn de a. 1607 volgg. en 1633 en 1634. Nu betreft a. 1607 *enkel en alleen* de tijdsruimte, welke verloopen moet tusschen het oogenblik der opzegging van de huur en dat der ontruiming, en ook daarbij *alleen* wordt rekening gehouden met het plaatselijk gebruik; daarbij is de rede niet van den tijd voor hoelang de mondelinge huur gerekend moet worden te zijn aangegaan, welke alleen *door de*

wet bij de a. 1633 en 1634 B.-W. wordt vastgesteld en waarmede het plaatselijk gebruik niets te maken heeft.

„Geheel ten onregte beroept men zich dus bij het *middel* op een volgens gewoonte vaststaand scheidingsjaar, omdat de wet in a. 1633 voor den *duur* van zoodanige verhuring niet naar het plaatselijk gebruik verwijst.

„Dit *middel* komt mij daarom ongegrond voor.

„Het *tweede middel* heet: schending en verkeerde toepassing van de a. 1633 en 1634, j° 1607, 1609 en 1944 B.-W. en a. 222 en 59, n° 3, B.-R., omdat bij het bestreden arr. en de beide daarbij bevestigde vonnissen:

„*a.* is beslist, dat, ofschoon vaststaat dat tot de vruchten van het gehuurde behoort de opbrengst van het hakhout en dat dit slechts om de 5 jaren gekapt wordt, de mondelinge huur ingevolge a. 1633 B.-W. toch zou moeten gerekend worden slechts voor één jaar te zijn aangegaan;

„*b.* zonder wettelijken grond is aangenomen, dat de opbrengst van het hakhout over de 5 jaren slechts bedraagt *f* 250 en het Hof ten onregte en zonder daarvoor eenigen grond, hetzij *in jure*, hetzij *in facto* aan te voeren, het door de eisch^{ers} gevraagd onderzoek door deskundigen heeft gepasseerd;

„*c.* is beslist, dat, hoewel is aangenomen, dat bij de bebouwing der landerijen voor de bemesting, de bezaaijing en de beteling der afzonderlijke perceelen een afwisseling van 3 jaren gevolgd wordt, toch de zonder geschrift aangegane huur, zou moeten gerekend worden slechts voor een jaar te zijn aangegaan, omdat ieder van de landerijen elk jaar een vrucht oplevert, en de opbrengst van de schoof van het eene jaar, afgezien van gesteldheid van weder en dergelijken, geacht moet worden in waarde gelijk te staan met de opbrengst van een ander jaar.

„*In facto* staat vast, dat de Uilenburgsche hoeve te Berlicum, behalve uit de gebouwen, hoofdzakelijk bestaat uit

landerijen en dat zich daarop ook schaarhout bevindt, hetwelk in zijn geheel om de 5 jaren wordt gekapt, elk jaar een grooter of kleiner gedeelte.

„Nu is door de eisch^sse^ en teregt beweerd, dat in deze alleen de bepalingen der wet moeten worden geobserveerd, en dat de voorwaarden van het vroegere schriftelijke contract hier niets afdoen, van welk contract intusschen sprake is in de 8^e^ overw. *in jure* van het vonnis van 8 Febr. 1884.

„Die overw. is echter alleen *ex superabondanti* er bijgevoegd, om uit de vroegere verhuur der hoeve, voor 4 jaar aan te toonen, dat de vijfjarige kap van het hout geen invloed had uitgeoefend op den verhuringstijd, zooals die vroeger tusschen partijen was tot stand gekomen.

„Het vonnis toch berust op de zeer juiste stelling, dat bij a. 1633 en 1634 geen sprake is van gewoonte, en alzoo voor de beslissing van dit geschil zonder invloed is een gebruik om de huur te laten doorloopen tot een scheidingsjaar.

„Omdat a. 1633, al. 1, bepaalt, dat een huur als de onderhavige gerekend wordt te zijn aangegaan voor zoodanigen tijd als de huurder noodig heeft om zijne vruchten in te zamelen, en de *judex facti* op de gronden in voormeld vonnis vervat, aanneemt, dat de vruchten der hoeve vatbaar zijn voor geheele inzameling in één jaar, wordt bij het vonnis teregt aangenomen, dat de huur gerekend moet worden te zijn aangegaan voor één jaar.

„Nu wil de eisch^sse^, dat de huur nog 5 jaar zou doorloopen, omdat zij eerst in dat tijdsbestek den geheelen kap van het hout kan binnenkrijgen. Die bewering is evenwel met juistheid door den regter verworpen, op grond, dat het genot van den houtkap begroot is op *f* 50 's jaars, terwijl de jaarlijksche huur der hoeve *f* 425 bedraagt, zoodat de houtkap eene bijzaak is van het hoofdonderwerp van het huurcontract, met name de beteeling der landerijen, welke laatste alzoo de maatstaf moet zijn voor de toepassing van a. 1633 B.-W.

„Nu is wel, naar aanleiding van de gevoerde beraadslagingen over den vast te stellen duur van de huur van een hakbosch, wanneer deze niet bij contract was bepaald, opgemerkt, dat er in den Franschen Conseil d'Etat verschil van gevoelen was over de vraag, of die gerekend moest worden te zijn aangegaan voor één jaar of voor zoodanigen tijd dat de geheele hak zou zijn afgeloopen (Locré, VII, 161 en 162), doch de wetgever besloot over de pacht van bosschen het stilzwijgen te bewaren: „étrange manière de sortir d'embarras," zegt Troplong.

„De duur der pacht van hakbosschen doet hier evenwel niets af, want gelijk het aangevallen vonnis, zijn nagenoeg alle schrijvers van oordeel, „que si le bois taillis se trouve „compris comme un accessoire dans un domaine affermé, et „comme l'accessoire doit toujours suivre le sort du principal, „le fermier conservera la jouissance des bois taillis pendant le „temps que durera le bail du domaine, qui en est le principal „objet" (Dalloz, *Louage* n° 528; Troplong, *Louage* n° 767; Laurent, XXV, n° 471 en 472, bl. 524 volgg; Duvergier, IV, n° 205—209, p. 232 volg; Diephuis, VII, n° 603, bl. 270; vergelijk echter Marcadé, VI, ad a. 1774, n° 1, p. 511). En vermits nu *in casu* de kap van het schaarhout bijzaak is van de huur der landerijen, vervalt ook daarvan de huur met één jaar.

„Het tweede gedeelte van het *middel* raakt het aannemen van de waarde van den hak van het hout op grond van verklaringen van getuigen, wier verhoor op dit punt bij het interlocutoir niet was bevolen, en het niet motiveren der weigering tot benoeming van deskundigen door het Hof.

„Eene schatting der waarde van voorwerpen is geene meening of gissing, maar eene verklaring van getuigen, gegrond op hunne wetenschap en ondervinding ten aanzien van den prijs, dien de voorwerpen gemeenlijk opbrengen (Léon, S', a. 434, n° 2).

„Van ambtswege was de regter bevoegd de getuigen over andere punten dan bij het interlocutoir vermeld, te ondervragen.

„Door het gevraagd onderzoek der deskundigen te passeren, verklaarde de *judex facti* het geheel overbodig te achten en verdere motivering was onnoodig.

„Zeker is door een en ander geen der bij het *middel* aangehaalde a. verkeerd toegepast of geschonden.

„Verder is almede teregt beslist, en dus ook ongegrond het sub *c* bij dit *middel* aangevoerde, dat er wel omtrent de verschillende perceelen der hoeve eene zekere volgorde bij de bewerking en de bemesting wordt inachtgenomen, welke echter geen invloed uitoefent op de opbrengst der hoeve in haar geheel, weshalve de vruchten geacht moeten worden vatbaar te zijn voor geheele inzameling in één jaar.

„Mij komt deze beslissing *facti* voor, en voor een onderzoek in cassatie onvatbaar; in ieder geval is ze juist.

„De bewering dat er *in casu* gebouwd werd met afwisselende zaaibeurten, waarvan al. 3 van a. 1633 B.-W. spreekt, is ongegrond. De 1e al. van het a. behelst het beginsel, dat de huur ophoudt, wanneer de huurder alle de vruchten heeft kunnen *inzamelen*. De andere al. lichten dat met voorbeelden toe, en nu staat hier feitelijk vast, dat die inzameling in één jaar kon plaats hebben.

„Bovendien, die 3e zinsnede had het oog op eene wijze van bebouwing waardoor de opbrengst van het eene jaar veel met die van het andere kan verschillen.

„Het a. toch werd overgenomen in a. 1774 *C.-C.* en zag bepaaldelijk op eene wijze van beteling, waarbij een derde gedeelte van den grond braak (*en jachère*) bleef liggen; niet op afwisselend bebouwen met diverse vruchten, want dan kan men elk jaar de vruchten, die het erf oplevert, inzamelen.

„De Fransche schrijvers leeren dat „terres labourables, „lorsqu'elles se divisent par soles ou saisons" in a. 1774 *C.-C.* genoemd, beteekenen gronden, waarvan ieder jaar een gedeelte

ongebruikt of onbezaaid wordt gelaten, en in dien zin moet dus ook ons a. 1633, al. 3, worden uitgelegd.

„En nu moge men zeggen, dat a. 1633, al. 3, dan wel zelden toegepast zal kunnen worden bij de tegenwoordige wijze van bebouwing der landerijen, zulks doet voor eene rigtige uitlegging dezer wetsbepaling niets af, en bovendien vergete men niet dat tijdens de bewerking onzer wetboeken het laten braak liggen van landerijen ook hier te lande veelvuldig voorkwam (MERLIN, *Répert*, in voce *Assolement*; DALLOZ, *Louage* n° 834; TROPLONG, *Louage* n° 763; DIEPHUIS VII, 600; *Opm. en Med.* XII, p. 56; *Bijblad* 1851, p. 543; Arr. Hof Gelderland, 16 Dec, 1874, *Weekbl.* n° 3836).

„Ik houd dus ook dit *middel* voor ongegrond en heb de eer te concluderen tot verwerping van de ingestelde voorziening, met veroordeeling van de req• in de kosten."

ARREST. — De H.-R. d. Ned. — Op het beroep van, enz.;

„O., dat als *eerste middel* van cassatie is voorgesteld: schending en verkeerde toepassing van de a. 1902 en 1903 j^is^ 1609, 1607, 1633, 1634 B.-W., a. 3 A.-B. en 59, n° 3, B.-R.:

„*a.* omdat bij het bestreden arr. en bij de beide daarbij bevestigde vonnissen der arr.-regtb. te 's-Hertogenbosch zonder wettig bewijs, en alleen op grond van zoogenaamde eigen wetenschap bij den regter, is beslist dat de opzegging der huur is geschied met inachtneming der termijnen, die het plaatselijk gebruik, *in casu* te Berlicum, medebrengt;

„*b.* omdat bij het aangevallen arr. en bij de beide bevestigde vonnissen, vooral bij het eerste dier vonnissen, is beslist dat de termijn, bedoeld bij a. 1607 B.-W., uitsluitend ziet op de tijdsruimte tusschen de opzegging en den dag der ontruiming binnen het aan de opzegging volgende jaar, zonder dat daarbij in aanmerking kan komen of het plaatselijk gebruik tevens medebrengt dat het tijdstip voor het verlaten van het

gehuurde tevens moet zamenvallen met een zoogenaamd scheidingsjaar, dat is met het einde van een tijdvak van 3 of 5 jaren, te rekenen van het begin der huur, naarmate de huurder niet of wel het genot heeft van het hakhout;

»c. omdat noch het arr. noch de vonnissen behelzen waarop, de zoogenaamde eigen wetenschap bij den regter betrekkelijk het plaatselijk gebruik te Berlicum bij opzegging van huur steunt, hetzij op de uitlegging van een aldaar bestaand geschreven costuum, hetzij op de aanneming van een gebruik aldaar, dat op geen zoodanig costuum berust;

»O. wat betreft de onderdeelen *a* en *c* van het *middel*, dat de a. 1902 en 1903 B-W. alleen geschreven zijn voor het geval dat iemand zich op eenig *feit* tot staving van zijn regt of tegenspraak van eens anders regt beroept, en dus ten deze alle toepassing missen;

»dat volgens a. 3 A.-B. gewoonte, wanneer de wet daarop verwijst (hetgeen hier in a. 1607 B.-W. plaats heeft), *regt* geeft en de regter dus verpligt is haar als zoodanig toe te passen, even goed als hij zulks ten aanzien van eenigen regel van het geschreven regt zou moeten doen;

»dat de wet geene voorschriften geeft omtrent de wijze waarop de regter tot de kennis van het bestaan eener regtsgeldige gewoonte behoort te komen, en hij dus bevoegd is, indien hij meent daaromtrent geene voorlichtng te behoeven, volgens zijne eigen wetenschap het bestaan dier gewoonte aan te nemen;

»O. ad *b* van dit *middel*, dat bij de aangevallen uitspraken met juistheid is beslist dat de termijn, dien a. 1607 B.-W. op het oog heeft, ziet op de tijdsruimte die tusschen de opzegging der huur en de ontruiming van het gehuurde moet verloopen, terwijl de duur van eene in het hier aanwezig geval van a. 1609 ontstane mondelinge huur door de *wet* wordt geregeld in de a. 1633 en 1634 van het Wetb., en dat, vermits in deze a. niet wordt verwezen naar plaatselijk

gebruik, ook teregt, wat dien duur betreft, geen plaatselijk gebruik is in aanmerking genomen;

„dat het *eerste middel* dus is ongegrond;

„O., dat als *tweede middel* is voorgedragen: schending en verkeerde toepassing der a. 1633 en 1634 j° 1607, 1609 en 1944 B.-W. en van de a. 222 en 59, n° 3, B.-R., omdat bij het bestreden arr. en de beide daarbij bevestigde vonnissen:

„*a.* is beslist dat, ofschoon vaststaat dat tot de vruchten van het gehuurde behoort de opbrengst van het hakhout en dat dit slechts om de 5 jaren gekapt wordt, de mondelinge huur ingevolge a. 1633 B.-W. toch zou moeten gerekend worden slechts voor één jaar te zijn aangegaan;

„*b.* zonder wettelijken grond is aangenomen, dat de opbrengst van het hakhout over de 5 jaren slechts bedraagt *f* 250, en het Hof ten onregte, en zonder daarvoor eenigen grond hetzij *in jure* hetzij *in facto* aan te voeren, het door de eisch^{sse} gevraagd onderzoek door deskundigen heeft gepasseerd;

„*c.* is beslist dat, hoewel is aangenomen dat, bij de bebouwing der landerijen voor de bemesting, de bezaaijing en de beteling der afzonderlijke perceelen, eene afwisseling van 3 jaren gevolgd wordt, toch de zonder geschrift aangegane huur zou moeten gerekend worden slechts voor één jaar te zijn aangegaan, omdat ieder van de landerijen elk jaar een vrucht oplevert, en de opbrengst van de schoof van het eene jaar, afgezien van gesteldheid van weder en dergelijken, geacht moet worden in waarde gelijk te staan met de opbrengst van een ander jaar;

„O. ad *a:*

„dat wel is waar *in facto* is aangenomen, dat tot de vruchten van het gehuurde behoort hakhout, dat om de 5 jaar gekapt wordt, elk jaar een grooter of kleiner gedeelte, maar tevens dat dit hakhout om zijne luttele waarde hier geheel

bijzaak is, waar de pachthoeve, behalve uit de gebouwen, hoofdzakelijk uit landerijen bestaat, zoodat de beteling van deze het hoofdonderwerp is van het contract, waarom het Hof *in casu* uitdrukkelijk heeft beslist dat de geheele inzameling der vruchten van het gehuurde in één jaar kan geschieden;

„O., dat deze beslissing is feitelijk, en dat het Hof op dien grond overeenkomstig a. 1633, al. 2, B.-W. teregt heeft geoordeeld dat de onderwerpelijke huur moet gerekend worden te zijn aangegaan voor één jaar, zonder daarbij invloed toe te kennen aan het hakhout, als in deze eene bijkomende, en daarom onverschillige zaak;

„O. ad *b* en *c*:

„dat het Hof, waar het zich ten aanzien der waarde van het hakhout, door de afgelegde getuigenverklaringen genoegzaam ingelicht achtte, niet verpligt was nog een onderzoek van deskundigen daaromtrent te gelasten, en dat de sub *c* gevoerde bewering mede afstuit op de voormelde feitelijke beslissing, dat de inzameling van alle vruchten der hoeve in één jaar kon geschieden, bij welke beslissing geen plaats is voor het in a. 1633, al. 3, bedoelde geval, en dat gedeelte van het a. hier dus niet is toepasselijk;

„dat mitsdien ook het *tweede middel* is ongegrond:

„Verwerpt de voorziening;

„Veroordeelt de eisch[sse] in de kosten, in cassatie gevallen."
